

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

LA CONCEPTION JURISPRUDENTIELLE
DU
COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT
de l'article 1347

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Ès-Sciences juridiques)

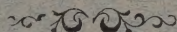
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE
DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

le 14 Novembre 1921

PAR

HENRI MAZEAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



AMIENS
IMPRIMERIE YVERT & TELLIER
37, Rue des Jacobins

1921

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

LA CONCEPTION JURISPRUDENTIELLE
DU
COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT
de l'article 1347

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Ès-Sciences juridiques)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

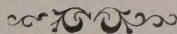
DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

le 14 Novembre 1921

PAR

HENRI MAZEAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



AMIENS.

IMPRIMERIE YVERT & TELLIER

37, Rue des Jacobins

1921

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

MM.

JOSSERAND, ✱, Ⓜ I., doyen, professeur de Droit civil.
APPLETON (CHARLES), ✱, Ⓜ I., professeur honoraire, chargé d'un cours de Droit romain.
GARRAUD, ✱, Ⓜ I., ✱, professeur honoraire, Correspondant de l'Institut.
BOUVIER-BANGILLON, ✱, Ⓜ I., professeur honoraire.
PIC (PAUL), ✱ O., Ⓜ I., professeur de Droit international public.
APPLETON (JEAN), ✱, Ⓜ I., ✱, professeur de Droit administratif.
LAMBERT, Ⓜ A., professeur d'Histoire générale du droit français.
BOUVIER, Ⓜ I., professeur de Science financière et de Législation française des finances.
LAMEIRE, Ⓜ I., professeur d'Histoire du droit public et de Droit administratif.
HUVELIN, Ⓜ I., professeur de Droit romain, assesseur du doyen.
LÉVY, ✱, Ⓜ I., professeur de Droit civil.
GONNARD, Ⓜ I., professeur d'Economie politique.
PICARD, Ⓜ A., professeur de Droit civil.
ANTONELLI, ✱, Ⓜ I., professeur d'Histoire des doctrines économiques.
PERROUD, Ⓜ I., professeur de Procédure civile.
COHENDY (GEORGES), Ⓜ A., professeur de Droit commercial général.
GARRAUD (PIERRE), Ⓜ I., professeur de Droit criminel.
ROGER, Ⓜ I., chargé du cours de Droit commercial complémentaire.
GALLAND, Ⓜ I., directeur de Conférences.
CONDOMINE, directeur de Conférences.
DE SAINT-CHARLES, ✱, Ⓜ I., directeur de Conférences.
AULAGNON, directeur de Conférences.
BECQ, Ⓜ I., secrétaire.

MEMBRES DU JURY

M. M. PICARD, professeur,	Président.
M. E. LÉVY, professeur,	} Assesseurs.
M. P. GARRAUD, professeur,	

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

Tant au point de vue pratique qu'au point de vue théorique, le commencement de preuve par écrit de l'article 1347 mérite l'une des premières places dans l'étude de notre système des preuves :

Le rôle qu'il joue dans la pratique a été heureusement défini : Il sert de « correctif indispensable » aux dispositions restrictives de notre droit ; « il en est la soupape de sûreté qui en assure le jeu régulier et normal et en atténue la rigueur » ¹. C'est que le domaine de la preuve des « faits juridiques », le seul envisagé dans cette étude, a été sévèrement réglementé par les rédacteurs du code :

Pour établir un fait juridique, quand la contestation excède 150 francs, on ne peut en principe se servir ni du témoignage, ni des présomptions, ni du serment supplétoire ; seuls l'aveu, la preuve littérale et le serment décisoire ont pouvoir de produire un tel effet. Mais, sous peine de voir consacrer les injustices les plus criantes, le législateur n'a pas pu laisser subsister ce principe

1. Capitant : Bulletin de la Société des Etudes Législatives, 1918, p. 190 s.

dans toute sa rigueur : Que de fois, celui qui doit apporter la preuve d'un fait juridique ne peut l'établir ni par la preuve littérale, ni par l'aveu de son adversaire, et cependant ne voudra pas se livrer à sa mauvaise foi en lui déjérant le serment décisoire !

Sera-t-il donc toujours réduit à l'inaction ? Les rédacteurs du code ont aperçu le danger ; ils ont apporté des exceptions à la règle ; ainsi fut rédigé l'article 1347 : « Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit ».

Le commencement de preuve par écrit apparaît donc comme le seuil qu'il faut obligatoirement franchir pour avoir recours soit au témoignage, soit aux présomptions ¹.

Quelle que soit l'importance pratique du commencement de preuve, l'intérêt qu'il présente au point de vue théorique n'est pas moindre :

C'est en étudiant les modifications apportées par la jurisprudence à sa définition légale, que l'on saisit l'unité donnée par les arrêts à notre système des preuves, que l'on dégage la conception de l'aveu seul procédé de preuve admissible dans le domaine des faits juridiques :

L'aveu, au sens large du mot, c'est-à-dire la reconnaissance, est, en effet, à la base des trois seuls procédés de preuve qui permettent de faire preuve entière : preuve littérale, serment décisoire, aveu proprement

1. L'article 1348 apporte une deuxième exception au principe : « lorsqu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui ».

dit. Si le témoignage et les présomptions sont prohibés c'est qu'il n'est pas possible d'y découvrir un aveu. Il a fallu cependant les rendre admissibles dans une certaine mesure: quand il y a commencement de preuve par écrit, disent les rédacteurs du code ; et ils précisent leur pensée dans l'article 1347 : « On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué » ; définition tirée de l'ancien droit, mais qui ne cadre plus avec les dispositions nouvelles telles que les interprète la jurisprudence : Puisque les arrêts exigent une reconnaissance, un aveu pour faire preuve entière, c'est encore un aveu qu'ils sont tout naturellement conduits à demander pour faire demi-preuve, pour rendre admissibles témoignages et présomptions, mais un aveu en quelque sorte dégénéré, un aveu dont la force probante n'est pas assez grande pour faire pleine preuve. L'étude des éléments constitutifs du commencement de preuve par écrit permet de préciser cette conception : A l'heure actuelle, pour la jurisprudence, le commencement de preuve par écrit est un aveu qui fait seulement demi-preuve soit parce qu'il porte sur un fait qui rend simplement probable le fait allégué, soit parce qu'il y a eu violation d'une règle légale. Ainsi se trouve réalisée l'unification du système des preuves

Cette définition nouvelle, substituée par les arrêts à celle de l'article 1347, fait clairement apparaître que les commencements de preuve se répartissent en deux catégories distinctes : Les uns réalisent un « déplacement » ou une « décomposition » de la preuve ; les autres cons-

tiennent la sanction apportée à la violation d'une règle légale. L'étude des premiers présente un intérêt considérable : elle nous permet de pénétrer au centre du du problème de « l'analyse logique de la preuve », de tracer les limites de la pertinence, d'indiquer les frontières de la « décomposition » et du « déplacement » de la preuve.

C'est donc la théorie générale des preuves toute entière qui se trouve mise en jeu par l'examen de la conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit, puisqu'on est conduit à l'analyser dans ses deux éléments : procédés de preuve, analyse logique de la preuve.

Nous nous proposons, dans une Première Partie d'étudier les éléments constitutifs du commencement de preuve, tel qu'ils se dégagent des solutions données par les arrêts. Dans une Seconde Partie, nous nous efforcerons de dégager la conception jurisprudentielle du commencement de preuve, de marquer sa place dans le système général des preuves ¹.

1. En dehors de l'article 1347, qui fait seul l'objet de cette étude, trois textes exigent un commencement de preuve par écrit, tous trois dans le domaine de la filiation : l'article 323 pour la preuve de la maternité légitime (d'où résultera mécaniquement celle de la paternité en vertu de l'adage : « Pater is est... ») ; l'article 341 pour la preuve de la maternité naturelle ; l'article 340 (loi du 16 novembre 1912) pour la preuve de la séduction, que doit apporter l'enfant qui recherche sa paternité naturelle. Seul l'article 340 se réfère au commencement de preuve de l'article 1347. Celui qui est exigé par les articles 323 et 341 est très différent ; l'article 324 prend soin de le définir : « Le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres et papiers do-

Mais qu'il nous soit permis, avant d'aller plus loin, d'adresser à M. le Professeur Picard, dont les savantes leçons nous ont apporté une aide si précieuse, l'hommage de notre profonde gratitude.

mestiques du père ou de la mère, des actes publics et même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante ». Il y a donc, dans notre droit, deux conceptions du commencement de preuve par écrit. Nous ne nous attacherons qu'à celle de l'article 1347.

PREMIÈRE PARTIE

Les éléments constitutifs du commencement de preuve par écrit de l'article 1347

Dans l'historique de la matière des preuves, l'année 1566 a marqué une révolution. Le chancelier Michel de l'Hôpital l'a accomplie en rédigeant la célèbre Ordonnance de Moulins qui, selon l'expression colorée de Pasquier, « dépasse d'un long entrejet ce qu'on a vu jusque là en France ». Auparavant, la preuve était libre ; désormais, au dessus de 100 livres, la preuve testimoniale est prohibée, à moins qu'il n'existe « des écritures privées », ce qu'un siècle plus tard l'Ordonnance de 1667 appellera un commencement de preuve par écrit.

Qu'entendait-on par cette expression, aujourd'hui consacrée ? Ni l'Ordonnance de Moulins, ni l'Ordonnance de 1667 ne s'en expliquent, mais la jurisprudence des Parlements décidait qu'il y avait commencement de preuve par écrit chaque fois qu'il y avait un écrit rendant vraisemblable le fait allégué : il s'agissait en réalité d'une présomption plus forte qu'une présomption ordinaire parce que consignée dans un écrit ¹.

1. Cf. dans ce sens un arrêt de la Chambre Civile du 16 août 1831 : D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4.745.

Danty le premier¹, et après lui Pothier² se sont efforcés de définir le commencement de preuve ; Pothier exigeait que l'écrit émanât de celui-là même à qui on l'opposait ; mais les Parlements ne suivaient pas cette doctrine.

Qu'ont fait les rédacteurs du code ?

Comme toujours Pothier leur a servi de guide, et c'est sa propre doctrine qu'ils ont consacrée dans l'article 1347.

On admet généralement que la définition donnée par l'article 1347 attribue au commencement de preuve trois éléments constitutifs :

Le premier définit sa nature, sa substance : il faut un écrit.

Le second détermine son origine : il doit être « émané » de celui à qui on l'oppose.

Quant au troisième, il fixe sa pertinence : il doit rendre vraisemblable le fait allégué.

Nous allons examiner un à un ces trois éléments constitutifs.

1. Additions sur Boiceau, II^e part., ch. 1.

2. Oblig. n^o 808.

CHAPITRE 1^e

NATURE DU COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT :

IL FAUT UN ÉCRIT

Article 1347 : « Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi *tout acte par écrit...* »

Le législateur a-t-il voulu par là exiger réellement un acte au sens juridique du terme ? L'article 1347 demande-t-il à titre de commencement de preuve ce que l'article 1341 exige à titre de preuve littérale ? un acte : un écrit remplissant certaines conditions de forme et dressé précisément dans le but de servir de preuve de la convention qui est passée ? Mais alors à quoi bon l'article 1347 ? à quoi bon un commencement de preuve qui ferait pleine preuve ?

Il est inutile d'insister pour démontrer que le législateur, en employant le mot « acte » s'est servi d'un terme impropre. Les travaux préparatoires ne peuvent laisser aucun doute sur ce point : Bigot-Préameneu et Jaubert n'ont jamais parlé que d'un écrit ¹. Aussi ne s'est-il jamais élevé de contestation sur ce point ni en doctrine, ni en jurisprudence : Il faut lire, non pas : tout acte par écrit, mais : tout écrit ².

1. Baudry et Barde, Oblig., t. IV, n° 2583.

2. La question s'est posée dans des termes identiques au sujet du commencement de preuve de l'article 324 ; malgré l'opinion de Marcadé (5^e édit., art. 324, II), la solution adoptée est la même que celle qui a prévalu pour l'application de l'article 1347.

Personne n'a hésité à donner la valeur de commencement de preuve à des écrits nuls en tant qu'actes¹ ; et l'on a attribué la même force probante aux simples projets d'actes, mais seulement, bien entendu, s'ils remplissent les autres conditions exigées par l'article 1347².

On est allé plus loin : La jurisprudence s'est montrée excessivement large ; non seulement elle n'exige pas un acte ; non seulement un écrit, quelqu'il soit, lui suffit³ ; mais elle se contente de ce que l'on peut appeler un semblant d'écrit ; elle va même parfois jusqu'à s'en passer entièrement⁴.

Etudions rapidement les hypothèses dans lesquelles elle a eu le plus souvent occasion de se prononcer.

* * *

Au premier plan nous rencontrons les lettres missives. Dans la pratique, au moins une fois sur deux, le commencement de preuve invoqué est une lettre missive : Au point de vue qui nous occupe, aucune difficulté ne peut se présenter ; il est bien évident que la lettre missive est un écrit⁵. Une seule question peut se poser : La lettre missive a-t-elle besoin d'être datée ?

Certes le problème de la date n'est pas particulier à la lettre missive ; il est au contraire commun à tout

1. Cf. *infr.*, p. 7.

2. Req. 4 juin 1896 : D. 96, 1, 456. — Cf. *infr.*, p. 75 s.

3. Cass., 7 déc. 1836 : D. 37, 1, 83.

4. Il n'y a sur ce point aucune différence à faire entre le commencement de preuve de l'article 1347 et celui de l'article 324.

5. Cf. Aubry et Rau, 4^e édit., t. VIII, § 764.

écrit ; nous allons cependant l'examiner ici, car, la plupart du temps, c'est à propos des lettres missives qu'il se pose. Il n'est pas possible de lui donner une réponse absolue : Si la vraisemblance du fait à prouver n'est pas liée à la date de l'écrit, la date n'est pas exigée ; c'est ce que décide un arrêt de la Chambre des Requêtes du 27 octobre 1903¹ ; de même on déclare que l'altération de la date d'une lettre missive ne suffit pas pour lui enlever le caractère de commencement de preuve². Mais il est des cas où la date du commencement de preuve a une importance capitale : Ainsi les arrêts exigent à bon droit pour prouver « contre et outre le contenu aux actes » que l'écrit invoqué à titre de commencement de preuve soit postérieur à l'acte attaqué : il y a tout lieu, en effet, de supposer que les parties n'ont dû avoir aucun égard pour un écrit antérieur à la convention qu'elles passaient³. Que décider alors si l'acte n'est pas daté dans les hypothèses où il a besoin de l'être ? Les juges du fait peuvent fixer librement sa date⁴ ; et l'écrit lui-même peut servir de commencement de preuve de sa date, mais entre les parties seulement et non à l'égard des tiers (le commencement de preuve, comme nous le verrons en effet, doit être émané de celui à qui on l'oppose)⁵.

1. D. 1903, 1, 574 : « ... L'article 1347 ne subordonne l'efficacité du commencement de preuve par écrit à aucune condition chronologique... ».

2. Baudry et Barde, Oblig., t. IV, n° 2584.

3. Duranton, t. XIII, n° 339.

4. Civ. 10 mars 1896, sol. impl. : D. 96, 1, 201.

5. Rennes, 21 août 1851 : D. 54, 5, 596.

A côté des lettres missives, la jurisprudence admet à titre de commencement de preuve par écrit les énonciations d'un inventaire¹. Elle donne la même valeur aux comptes de toute nature ; c'est ainsi qu'un arrêt de la cour d'Alger du 29 décembre 1869, et, sur pourvoi, un arrêt de la Chambre des Requêtes du 28 novembre 1871² ont vu commencement de preuve d'une convention de rétrocession d'immeuble dans les comptes de ceux qui étaient obligés à la rétrocession, des banquiers en l'espèce. Il a été jugé également que le compte d'un notaire, remis par ce dernier à son débiteur, constitue un commencement de preuve de la dette alors qu'il a été approuvé par le débiteur³.

L'article 1331 qui réglemente la force probante des registres et papiers domestiques déclare qu'ils ne font foi contre celui qui les a écrits que dans certains cas déterminés ; mais on admet que, même en dehors de ces hypothèses particulières, ils peuvent servir contre lui de commencement de preuve⁴.

Jusqu'à présent nous n'avons pas rencontré même l'ombre d'une difficulté : les commencements de preuve énumérés constituent en effet, de façon incontestable, des écrits réguliers.

La question devient un peu plus délicate dans les

1. Cf. les arrêts cités, D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4842.

2. D. 72, 1, 19 ; S. 72, 1, 219.

3. Req. 6 août 1873 : D. 75, 1, 260 ; S. 75, 1, 350 : «... Que si ce compte ne présente pas les conditions d'un compte judiciaire qui apure définitivement la situation des parties, il n'en a pas moins le caractère d'un commencement de preuve par écrit... »

4. Aubry et Rau, 4 édit., t. VIII, § 758, 1°, c, note 6.

hypothèses suivantes : Une simple note, inscrite en marge ou au dos d'un acte avec lequel elle n'a aucun rapport, ou sur une feuille volante, pourra-t-elle servir de commencement de preuve ? La jurisprudence répond : oui, ce que l'on produit est écrit, cela suffit¹.

Nous parvenons ainsi à l'étude des écrits qui sont nuls en tant qu'actes :

Malgré sa lettre, nous le savons, l'article 1347 n'entend pas les exclure : Ils peuvent servir de commencement de preuve par écrit : Si ce ne sont pas des actes, ce sont tout de même des écrits, et les tribunaux s'en contentent. Leur importance pratique est considérable. En effet, nombre d'actes sous seing privé ou d'actes notariés sont nuls pour défaut d'accomplissement des formalités légales, en dehors de toute faute des parties. Le cocontractant, qui a intérêt à se prévaloir d'un tel acte, va-t-il donc être à la merci de son adversaire ? Ce dernier pourra-t-il cyniquement refuser l'exécution de son obligation en niant l'existence du contrat ? Sans aucun doute si l'acte ne peut servir de commencement de preuve par écrit. Mais pareille solution est inaccep-

1. Paris, 6 mars 1854 : D. 54, 2, 211 ; S. 54, 2, 131 ; et, sur pourvoi : Civ. 30 juill. 1855 ; D. 55, 1, 332. — Un jugement du tribunal de Langres du 28 août 1872, confirmé par adoption de motifs par la Cour de Dijon, 19 fév. 1873, S. 74, 2, 14, va plus loin : assimilant les écrits sur feuilles volantes aux registres et papiers domestiques de l'article 1331, il leur donne, dans les limites de cet article, pleine force probante. Mais cet arrêt n'a pas été suivi par la jurisprudence.

— Solutions identiques sur le terrain de l'article 324 : une simple note, une simple marque attachées sur les langes de l'enfant peuvent servir de commencement de preuve (Demolombe : De la Paternité et de la Filiation, 3^e édit., n° 510).

table. Il a donc fallu décider que si le demandeur ne peut pas faire pleine preuve à l'aide d'un acte nul, il peut du moins y trouver une demi-preuve, qu'il complètera soit par le témoignage, soit par les présomptions.

La question s'est posée pour les actes authentiques et pour les actes sous seing privé.

Les actes authentiques : Un mot suffira en ce qui les concerne. On sait que l'acte authentique nul soit pour inobservation des formalités prescrites, soit pour incompetence ou incapacité de l'officier public, n'en est pas moins valable comme acte sous seing privé, à la seule condition d'être signé par toutes les parties (art. 1318)¹ : Il pourra donc faire pleine preuve². Mais que décider pour les actes signés par certaines des parties seulement, ou pas signés du tout. Peuvent-ils former commencement de preuve ? pas tous³ ; pour le moment, n'entrons pas dans ces distinctions ; contentons-nous de remarquer que si les arrêts refusent à certains d'entre eux valeur de commencement de preuve, ce n'est point en décidant que le premier élément constitutif

1. Cf. Planiol, 7^e édit., t. II, n^{os} 147-148.

2. Il faut excepter les actes solennels qui seraient radicalement nuls.

— On ne comprend pas pourquoi la Cour de Riom (13 juin 1855 : S. 56, 2, 273) a décidé que l'article 1318 ne s'appliquait pas lorsque l'acte authentique était nul pour défaut de signature du notaire. L'arrêt déclare qu'il faut s'en tenir aux termes de l'article, qui ne prévoit que l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public ; c'est oublier que l'article 1318 vise également le cas où il y a inobservations des formalités prescrites ; pourquoi ne pas faire rentrer dans cette dernière catégorie le défaut de signature du notaire ?

3. Cf. infr., p. 49.

exigé par l'article 1347 (un écrit) fait défaut : il y a bien un écrit, c'est hors de toute discussion.

Restent les actes sous seing privé : La cause normale de nullité, c'est ici l'absence de signature¹ : Un acte sous seing privé non signé servira-t-il de commencement de preuve ? incontestablement oui² ; nous avons déjà indiqué que de simples écritures marginales, de simples notes sur feuilles volantes pouvaient avoir pareille force probante.

Mais il y a d'autres causes de nullité susceptibles d'affecter un acte sous seing privé : L'article 1325 dispose que « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct... Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. » Et, d'autre part, article 1326 : « Le billet ou la promesse sous seing privé, par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrite en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre la signature, il ait écrit de sa main un bon ou approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose. »

Que décider si ces différentes formalités ne sont pas remplies ? Quelle sera la valeur probante de l'acte sous seing privé nul pour ne pas s'y être soumis ?

1. Il ne s'agit, bien entendu, que des nullités de forme : celles qui affectent l'écrit en tant qu'acte.

2. Cf. *infr.*, p. 33 s.

Examinons d'abord l'écrit qui déroge à ce que l'on nomme, par abréviation, la formalité du bon pour. Le législateur a toujours redouté les abus de blanc seing : L'ancien droit s'est efforcé de lutter contre ce danger, ainsi que l'atteste l'Ordonnance de 1733¹. C'est dans le même but que l'article 1326 déclare que, dans le cas où il s'agit d'une promesse d'argent ou de corps certain, le billet par lequel le débiteur s'engage doit être écrit en entier de sa main ; ou, du moins, il faut que le débiteur l'ait signé et qu'il ait écrit de sa main un « bon pour », ou un « approuvé ». Supposons que le débiteur se soit contenté de signer purement et simplement la reconnaissance préparée à l'avance par son créancier. Certes, la convention de libération existe comme si la reconnaissance était régulière. Mais le créancier ne va-t-il pas être paralysé ? pourra-t-il prouver son droit ? Evidemment la reconnaissance ne fera pas pleine preuve, sinon quelle serait la sanction de l'article 1326 et comment en ferait-on respecter les dispositions ?² Va-t-il donc falloir décider, par crainte de l'abus de blanc seing, que le créancier privé de tout moyen de preuve, sera réduit à espérer en la seule bonne foi de son débiteur ?

La jurisprudence se montra tout d'abord hésitante, et

1. Toullier, 2^e édit., t. IX, n^o 81.

2. Un jugement du Tribunal de la Seine (31 août 1811) a vu dans un acte sous seing privé ne remplissant pas la formalité du bon pour la preuve complète d'un prêt ; la Cour de Cassation (Chambre Civile) cassa, il est vrai, ce jugement (3 nov. 1812: S. chr.), mais sans résoudre la question de droit qui, cependant, lui était nettement posée dans le pourvoi. Ce jugement n'a pas fait jurisprudence.

nous trouvons dans deux arrêts contraires : l'un de la Cour de Turin du 20 avril 1808¹, l'autre de la Cour de Paris du 5 décembre 1816², les arguments qui militent dans l'un et l'autre sens : Pour la Cour de Turin, l'acte sous seing privé qui ne remplit pas les conditions de l'article 1326 peut servir de commencement de preuve par écrit. En effet : il rentre bien dans la définition qu'en donne l'article 1347 ; de plus : personne ne contesterait à une simple lettre du débiteur dans laquelle il aurait reconnu sa dette la valeur d'un commencement de preuve, comment donc « ne pas reconnaître dans la signature dont il s'agit, faite en présence de témoins, un écrit beaucoup plus valable qu'une lettre et plus digne de rendre vraisemblable le fait allégué par le créancier ? » Au contraire, pour la Cour de Paris, un tel écrit est radicalement nul ; la présomption de fraude qui ressort de l'article 1326 est une présomption absolue, et non une présomption simple³. Cette opinion défendue par un seul auteur⁴ ne pouvait prévaloir : Il n'y a de présomption absolue qu'en présence d'un texte précis, et, nulle part, la loi n'établit contre l'écrit envisagé une présomption légale de fraude⁵ : il se peut fort bien qu'il n'y ait pas eu abus de blanc seing, mais simplement

1. S. chr.

2. Sous Req. 22 avril 1818 : S. chr., D. Rép. Méth., v^o Oblig., n^o 4118, 1^o.

3. Le pourvoi formé contre cet arrêt fut rejeté par la Chambre des Requêtes : 22 avril 1818 ; mais cette dernière n'a pas tranché nettement la question.

4. Delvincourt, t. II, p. 613.

5. Laurent, 2^e édit., t. XIX, n^o 530.

oubli ou ignorance. Aussi la jurisprudence est-elle aujourd'hui définitivement fixée : L'acte sous seing privé qui n'obéit pas aux prescriptions de l'article 1326 peut servir de commencement de preuve¹.

La question fut débattue pendant plus longtemps en ce qui concerne les actes sous seing privé qui, constatant des conventions synallagmatiques, n'ont pas été faits « en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct » : article 1325. C'est qu'ici la loi paraît se montrer plus exigeante : elle ne se contente pas de dire, comme dans l'article 1326 : « le billet *doit* être écrit... », elle se sert d'une formule plus nette : « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques *ne sont valables qu'autant...* ». En outre, le problème se complique d'une notion nouvelle, chère entre toutes à la jurisprudence : l'équilibre, l'égalité qu'il faut à tout prix faire respecter entre les parties lorsqu'il y a convention synallagmatique. Comment voir, disait-on, dans un acte qui n'est pas fait en double, commencement de preuve d'une convention bilatérale ? La loi le déclare « non valable » : quod nullum est, nullum producit effectum ; et puis : l'équilibre serait rompu, les parties ne seraient pas dans une position égale : celle qui détient un exemplaire du contrat pourrait, en recourant à une enquête, obliger l'autre à exécuter, tandis que celle dernière resterait impuissante. Un arrêt de

1. Req. 7 juin 1882, et le rapport du conseiller Georges Le-maire : D. 83, 1, 194 ; Req. 30 nov. 1891 : D. 93, 1, 285 ; Bourg, 26 déc. 1905 : Pandectes 1906, 2, 151 ; Castres, 21 déc. 1910 : D. 1911, 5, 57.

Bastia du 11 juillet 1838¹ résume de façon remarquable cette double argumentation, œuvre de Duranton². Il n'y a qu'une réponse à lui faire ; nous la trouvons dans un arrêt de la Chambre Civile du 28 novembre 1864³ : « que sans doute... l'acte est nul comme titre ; mais que la nullité de forme qui l'affecte sous ce rapport ne l'atteint pas dans son existence matérielle ; qu'il existe comme écrit... » Peut-on dire, de façon plus nette, que du moment où il y a un écrit, quel qu'il soit, cela suffit ? La jurisprudence est aujourd'hui fixée⁴, la doctrine est dans ce sens⁵, et M. Planiol en est réduit à de platoniques observations⁶.

C'est dans le même sens qu'il faut trancher une question connexe à celle-ci : Que se passe-t-il lorsque la formalité du double a bien été remplie, mais lorsque les originaux ne sont pas identiques ? On rencontre, par exemple, dans l'un une clause qui ne figure pas dans l'autre : Cette clause pourra servir de commencement de preuve de sa réalité ; c'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de Caen du 1^{er} mai 1812, infirmant un jugement du Tribunal de Caen du 25 juin 1811⁷.

1. D. 38, 2, 150.

2. T. XIII, n° 164. — La doctrine de Duranton a été réfutée par Toullier, 2^e édit., t. IX, n° 84. — Dans le sens de l'arrêt de Bastia : Paris, 27 nov. 1811 : S. chr.

3. S. 65, 1, 5.

4. Seine, 13 juin 1891 : D. 93, 2, 71.

5. Marcadé : art. 1347, V ; Bonnier : Traité des Preuves, n° 689 ; Aubry et Rau, § 756, 1^o, d, note 38.

6. 7^e édit., t. II, n° 1149.

7. S. chr. ; D. Rép. Méth., v^o Oblig., n° 4057.

— On s'est demandé comment résoudre le problème suivant : L'acte authentique nul peut valoir, nous le savons, comme acte

Le code n'est pas seul à régler la forme des actes sous seing privé ; pareilles mesures se rencontrent parfois dans des textes spéciaux : C'est ainsi qu'un arrêté du Gouverneur de l'Algérie, en date du 9 juin 1831, exige que les actes sous seing privé passés entre Européens et Arabes soient rédigés en langue française et en langue arabe ; ceci pour éviter que les colons n'abusent de la candeur des indigènes en leur faisant signer ce qu'ils ne peuvent pas comprendre. Mais, si l'arrêté n'est pas observé, l'écrit rédigé en une seule langue vaudra commencement de preuve¹.

A côté des actes nuls pour inobservation des formalités légales, il convient de placer ceux auxquels on ne peut reconnaître pleine force probante parce qu'ils ne donnent pas des précisions suffisantes : ainsi l'écrit qui n'indique pas la quotité de la dette ou la cause de l'obligation². Pourra-t-on l'invoquer à titre de commencement de preuve, et établir ensuite par témoin ou par présomptions soit la quotité, soit la cause ? Pas de doute en ce qui concerne la quotité : il est classique de citer

sous seing privé ; l'acte sous seing privé, d'autre part, doit remplir les conditions des articles 1325 et 1326. Il serait donc logique de décider que l'acte authentique nul ne peut valoir comme acte sous seing privé qu'à la condition de remplir ces formalités. Ce serait logique, mais absurde : comment, en effet, demander aux parties qui passent un acte authentique de songer à remplir les formalités qui ne sont exigées que pour les seuls actes sous seing privé ! aussi, la jurisprudence ne montre pas tant d'exigence (Paris, 13 avril 1813 : S. chr. Dans le même sens, la plupart des auteurs ; cf. notamment Aubry et Rau, 4^e édit., t. VIII, § 755, III).

1. Alger, 4 juillet 1904 : D. 1907, 1, 238.

2. Larombière ; Oblig., art. 1347, n° 30.

à titre d'exemple de commencement de preuve la lettre dans laquelle une personne écrit à une autre qu'elle lui paiera tout ce qu'elle lui doit¹. Plus délicate est la question soulevée par l'écrit sans cause : Il paraît résulter de la jurisprudence² que le créancier peut recouvrer sa créance à l'aide d'un tel écrit, qu'il appartient au débiteur d'établir que sa dette est sans fondement : L'écrit sans cause fait donc pleine preuve en faveur du créancier. (On a soutenu autrefois que le créancier devait établir la cause, mais qu'il pouvait le faire par témoins ou présomptions, l'écrit sans cause présentant les caractères d'un commencement de preuve). Que décider lorsque l'écrit, précisant la cause de l'obligation, cette cause est reconnue simulée ? Dira-t-on qu'il faut appliquer le principe posé dans le cas où l'écrit est sans cause ? l'écrit fera-t-il pleine preuve en faveur du créancier ? Non, parce que la situation est bien différente : Dans la première hypothèse : lorsqu'il n'y a pas de cause indiquée, il n'est pas certain que cette omission soit due à la mauvaise foi du créancier ; il peut y avoir

1. Paris, 26 juin 1845 : D. 46, 4, 419 ; contra. : Riom, 17 janv. 1816 : S. chr. La jurisprudence est si bien fixée aujourd'hui que, pour rejeter une lettre invoquée à titre de commencement de preuve, lettre dans laquelle le défendeur avait écrit au demandeur : « je vous paierai tous les sous que je vous dois », le Tribunal de Lyon (3^e Ch.) par jugement du 16 décembre 1920 (affaire Chevalier c. Lafontaine) a été obligé de déclarer qu'il résultait des circonstances de fait que le défendeur avait voulu écrire : « je vous paierai tous les sous que je vous devrai » (il demandait, en effet, dans la même lettre, de lui consentir un prêt), mais n'avait pas respecté la règle de la concordance des temps.

2. Cf. Thèse Thévenet, Lyon, 1921 : La charge de la preuve, p. 168 s.

simple oubli. Au contraire, lorsque le créancier a précisé la cause de l'obligation, et que l'on démontre plus tard que jamais l'obligation n'a eu la cause indiquée, on peut alors en conclure avec certitude que le créancier est de mauvaise foi, qu'il avait des motifs sérieux pour cacher la véritable cause. Aussi la jurisprudence se montre-t-elle plus rigoureuse à son égard : le créancier devra établir la cause réelle ; mais, pour ce faire, il aura, dans l'acte même, un commencement de preuve qui rendra admissibles le témoignage et les présomptions¹.

Que résulte-t-il de toutes ces solutions ? On peut les résumer en affirmant qu'aux yeux de la jurisprudence du moment où le commencement de preuve est un écrit, cela suffit, quel que soit cet écrit.

* * *

Les arrêts ne pouvaient s'arrêter là : Même dans les hypothèses où, en réalité, le commencement de preuve invoqué ne résulte nullement d'un écrit, ils n'hésitent pas à le déclarer valable, et, en quelque sorte pour sauver les apparences, ils découvrent tout de même un écrit, mieux vaudrait dire : un semblant d'écrit.

Voici par exemple une femme mariée sous le régime dotal ; il faut établir à son encontre qu'elle a donné à son mari mandat de vendre un bien dotal. Elle a accompagné son mari plusieurs fois chez le notaire pendant les pourparlers de la vente ; elle en a discuté les conditions. Ses adversaires pourront-ils lui dire : nous trouvons

1. Cass. 5 déc. 1900 : D. 1901, 1, 192.

dans vos agissements le commencement de preuve dont nous avons besoin aux termes de l'article 1347 ? Oui, pour la Cour de Nîmes (19 février 1879). La Chambre des Requêtes (9 février 1880)¹ l'admet aussi, mais en faisant remarquer que les agissements de la femme sont reconnus par elle dans un écrit, en l'espèce dans des conclusions. C'est ainsi qu'elle a voilé la solution hardie donnée par la Cour de Nîmes, mais sans y rien changer au fond. Qui ne voit, en effet, que cet écrit n'est là que pour sauver les apparences ; que ce n'est pas lui qui fait demi-preuve contre la femme, mais bien les propres agissements de cette dernière ? S'il est vraisemblable que le mari n'a agi que sur les ordres de sa femme, ce n'est pas parce que celle-ci a reconnu dans ses conclusions qu'elle a participé à la vente, mais bien parce que, en fait, elle y a participé : ce sont ses propres agissements qu'on lui oppose ; voilà le véritable commencement de preuve.

Il en est de même des réponses aux interrogatoires de toutes sortes² qui, dans des hypothèses extrêmement nombreuses, tiennent lieu de commencement de preuve par écrit : Un individu est questionné, soit au cours d'un interrogatoire sur faits et articles, soit au cours d'une comparution personnelle, soit au cours d'un interrogatoire d'instruction, soit même à l'audience ; son adversaire peut invoquer ses réponses à titre de commencement de preuve. Certes il y aura un écrit, mais encore un semblant d'écrit : ce sera le procès-verbal dressé par

1. D. 81, 1, 373.

2. Cf. *infra*, p. 39 s.

le greffier, l'interrogatoire d'instruction, le jugement relatant les réponses. Mais d'où va-t-on tirer la demi-preuve qui fait besoin ? du procès-verbal, de l'écrit ? non pas ; des réponses ? évidemment, c'est-à-dire de paroles. Bien mieux : Celui qui est interrogé refuse de répondre, ou bien il ne comparaît pas ; on voit dans cette attitude, constatée il est vrai par écrit, un commencement de preuve contre lui¹ ; ici encore, c'est évident, ce qu'on lui oppose ce n'est pas le procès-verbal constatant la non-comparution, mais bien la non-comparution elle-même : c'est parce qu'il aura refusé de comparaître que l'on se croira autorisé à supposer que le fait allégué est pour le moins vraisemblable.

* * *

Les apparences elles-mêmes ne sont pas toujours sauvées par les arrêts : Il est des hypothèses où, en fait, il y a commencement de preuve sans qu'il y ait aucun écrit produit :

Un individu est assigné en paiement d'une certaine somme par un autre individu qui se prétend son créancier ; il répond qu'il est libéré ; pour le démontrer il lui faut un commencement de preuve qu'il complètera par la preuve testimoniale ou par des présomptions. Celui qui se dit créancier : le demandeur, a dressé un inventaire de ses propres biens² ; dans cet inventaire ne

1. Cf. *infr.*, p. 42.

2. En pratique, l'hypothèse sera la suivante : Le soi-disant créancier est décédé ; ce sont ses héritiers qui ont assigné celui qu'ils prétendent être débiteur de leur auteur, et ce sont eux qui ont dressé un inventaire des biens de leur auteur au décès de ce dernier.

figure pas la créance qu'il prétend avoir contre le défendeur. Le défendeur va-t-il pouvoir se servir de cet inventaire en tant que commencement de preuve de sa libération ? Qu'est-ce qui rend en réalité vraisemblable le fait qu'il n'est plus débiteur : l'absence de mention dans l'inventaire, c'est-à-dire le fait que sa dette n'a pas été inscrite ; c'est donc bien d'une absence d'écrit qu'il se prévaut et non d'un écrit comme l'exige l'article 1347. Ce qui n'a pas empêché la jurisprudence, dès le début¹, de déclarer qu'il produisait bien le commencement de preuve par écrit de l'article 1347 ; un arrêt de la Cour de Nancy (24 janvier 1893)² s'est, il est vrai, prononcé en sens contraire³ ; mais, depuis un arrêt de la Chambre des Requêtes du 18 janvier 1904⁴, la jurisprudence est définitivement fixée.

On est souvent dans l'impossibilité d'apporter l'écrit d'où l'on prétend faire résulter le commencement de preuve : par exemple on peut l'avoir perdu, il peut avoir été volé. Certes, si l'adversaire en dénie formellement l'existence, il faudra apporter la preuve de sa réalité. Comment ? par témoin ou présomptions ? non ; il serait en effet trop facile de tourner de la sorte l'article 1341 : il suffirait de demander une enquête non pas sur le fait même à prouver, mais sur l'existence d'un prétendu

1. Metz, 19 août 1825 : D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4844.

2. D. 95, 2, 132.

3. « Attendu que, pour qu'il y ait commencement de preuve par écrit dans le sens de l'article 1347 C. civ., il faut un écrit, et non la simple omission d'une créance, c'est-à-dire une absence d'écrit, comme au cas particulier ». Les juges se sont laissés guider par les circonstances de fait.

4. D. 1904, 1, 295.

commencement de preuve ¹. Il ne faudrait pas cependant aller trop loin dans cette voie : que l'on interdise la preuve par témoin et la preuve par présomptions, fort bien ; mais comment expliquer la solution suivante adoptée par la Chambre Civile dans un arrêt du 5 mai 1856 ² ? Il s'agissait d'établir l'existence d'une quittance qui servirait de commencement de preuve ; le demandeur affirmait que cette quittance était mentionnée dans un inventaire détenu par le défendeur ; aussi demandait-il à son adversaire de produire cet inventaire. La Chambre Civile a rejeté cette demande : « attendu que les consorts Amourette demandent seulement à être admis à faire la preuve de l'existence du commencement de preuve déniée par la défenderesse ³ ».

1. Dans ce sens : Poitiers, 20 janvier 1919 : Loi, 3 mars 1919. La décision est intervenue en matière de preuve de la séduction dans une action en recherche de la paternité (le commencement de preuve exigé par la loi de 1912 est celui de l'article 1347).

Voici, cependant, une hypothèse dans laquelle la jurisprudence a admis indirectement la preuve libre du commencement de preuve, avec raison d'ailleurs : Le comte de Bruce passe un contrat avec ses fermiers, les frères Tamine. Il garde un exemplaire de ce contrat, et leur remet des blancs seings, en leur laissant le soin de les remplir conformément à l'original. Les frères Tamine, peu scrupuleux, rédigent les blancs seings à leur guise, et, pour effacer la preuve de leur mauvaise foi, s'emparent de l'original détenu par le comte de Bruce. Conformément aux dispositions de l'article 1348, § 4, le comte de Bruce est admis à faire la preuve par tous moyens de la soustraction dont il a été victime. Il fait cette preuve. La Chambre des Requêtes (20 mai 1889 : D. 90, 1, 127) déclare que l'acte soustrait, acte qui n'est pas cependant produit, mais dont l'existence a été établie par un mode de preuve quelconque, peut servir de commencement de preuve à l'effet d'établir l'abus de blanc seing.

2. D. 56, 1, 197.

3. Le Tribunal de Commerce d'Anvers (24 avril 1908) (Juris. Anvers, 1906, 1, 188 ; arrêt cité dans le Sup. aux Pandectes, v° Preuve, n° 68) s'est montré plus large : Le demandeur avait à dé-

Que se passe-t-il lorsque l'adversaire consent à reconnaître que le commencement de preuve existe réellement, bien qu'il ne soit pas produit ? On n'a pas hésité à déclarer qu'il fallait se contenter de cet aveu, qu'il y avait commencement de preuve bien qu'aucun écrit n'ait été présenté¹. Evidemment la solution ne peut être la même lorsque les parties, d'accord sur l'existence même du commencement de preuve, ne le sont plus sur son contenu².

Nous voyons par toutes ces solutions combien la jurisprudence se montre large : Il ne reste à peu près rien des termes de l'article 1347 : « un acte par écrit » : Un écrit quelconque suffit, même un semblant d'écrit, même une absence d'écrit. Il est donc permis de conclure que, en fait sinon en droit, la nature, la substance du commencement de preuve peuvent être quelconques : l'écrit n'est pas un élément constitutif du commencement de preuve. Il n'en reste pas moins cependant qu'on le rencontre dans la plupart des espèces ; réservons-nous d'en rechercher la raison dans la seconde partie de cette étude : nous préciserons alors le rôle véritable joué par l'écrit³.

montrer l'existence d'une procuration sous seing privé ; il était dans l'impossibilité de produire la procuration elle-même ; mais il en apportait une reproduction photographique ; on a vu, dans cette photographie, la preuve de l'existence de la procuration.

1. Req. 19 déc. 1849 : D. 50, 1, 234.

2. Req. 3 mai 1830 : D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4754.

3. L'article 1347 porte : « tout acte par écrit » ; on s'est alors demandé si le commencement de preuve pouvait résulter de la réunion de plusieurs actes distincts dont un seul ne suffirait pas. Après

CHAPITRE II

ORIGINE DU COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT :

IL DOIT ÊTRE ÉMANÉ DE CELUI A QUI ON L'OPPOSE

Si l'examen du premier élément constitutif du commencement de preuve par écrit permet de conclure à sa quasi-inexistence, il en est tout différemment de l'étude de son second élément constitutif, celui qui détermine son origine. C'est sur lui qu'a travaillé la jurisprudence d'une façon toute particulière. C'est grâce à lui que nous pourrons, dans notre Deuxième Partie, dégager la conception jurisprudentielle du commencement de preuve ; et c'est lui qui nous permettra de comprendre le rôle de second plan joué par le premier élément constitutif¹.

l'exposé des solutions extensives adoptées par les arrêts on devine la réponse : le commencement de preuve peut-être tiré soit d'un seul écrit, soit de la réunion de plusieurs écrits (Req. 27 nov. 1893 : D. 94, 1, 60). C'est ce que déclare expressément, en matière de filiation il est vrai, l'article 117 du code civil espagnol.

1. On peut, nous l'avons indiqué, faire une assimilation à peu près complète entre le commencement de preuve de l'article 1347 et celui de l'article 324 sur le terrain du premier élément constitutif ; ici, au contraire, il ne faut pas les rapprocher l'un de l'autre. Ce n'est point que le commencement de preuve de l'article 324 puisse avoir une origine quelconque. Les rédacteurs du code lui ont imposé une condition de provenance, mais combien différente de celle exigée par l'article 1347 ! Ils se sont montrés beaucoup plus larges : il suffit que le commencement de preuve soit émané d'une personne ayant un intérêt pécuniaire ou moral, présent ou passé, dans la contestation (Nîmes, 4 mai 1904 : D. 1906, 2, 129).

L'article 1347 donne du commencement de preuve la définition suivante : « On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente... ». On sait comment interpréter les premiers termes de cette définition. Trouvera-t-on dans les autres un élément permettant de préciser la notion de ce quelque chose qui peut être un écrit, mais qui peut être aussi des paroles, une attitude, etc. ? L'article 1347 indique quelle doit être son origine : il faut qu'il émane de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente.

Dans l'ancien droit, aucune condition de provenance n'était exigée de l'écrit invoqué à titre de commencement de preuve. Il n'en reste pas moins cependant que les juges du fait, qui étaient et sont toujours souverains sur la question de vraisemblance, pouvaient écarter certains écrits parce que, à raison même de leur origine, ils leur paraissaient suspects. Mais c'était là une question laissée à leur libre appréciation. Pothier, le premier, soutint que l'écrit devait émaner de celui à qui il était opposé¹. Il ne fut pas suivi ; il fallut attendre le code civil pour voir consacrer sa doctrine.

Nous allons examiner d'abord les différents cas dans lesquels le commencement de preuve est émané de celui-là même contre qui on l'invoque ; nous étudierons ensuite, mais seulement en quelques lignes, les hypothèses où il est émané du représentant de celui à qui on l'oppose ou de celui que ce dernier représente.

1. Oblig., nos 772, §2 et 773.

§ I. — *L'écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose* ¹

L'écrit d'un tiers est sans valeur. Pothier veut en donner la raison : « L'écrit d'un tiers ne peut pas faire le commencement de preuve par écrit que demande l'Ordonnance ; car ce tiers n'est que comme un témoin, et ce qu'il a déclaré par écrit ne peut équipoller qu'à une preuve testimoniale ² ». Ainsi, d'après Pothier, le commencement de preuve a pour but d'écarter les dangers de la preuve testimoniale, parce qu'« il est entre les proverbes ruraux, que fol est qui se met en enquête, car le plus souvent qui mieux abreuve, mieux preuve ³ ». Cette raison ne paraît pas suffisante ; la subornation des témoins n'est pas à craindre en l'espèce, au moins dans la plupart des cas : l'écrit d'un tiers dont on veut tirer commencement de preuve a été dressé, en effet, le plus souvent, avant même que le procès fût né, avant que personne n'abreuvât ; le tiers n'avait, à cette époque, aucun intérêt à déguiser la vérité ; il est inexact de dire que, à ce point de vue, son écrit « ne peut équipoller qu'à une preuve testimoniale » ; il a une valeur bien supérieure à celle d'un témoignage ; et, si l'article 1347 n'avait eu pour but que de prohiber la preuve testimo-

1. Cette formule paraît plus large que celle adoptée par l'article 1347. C'est que, par application du principe : *reus in excipiendo fit actor*, il faut lire, au lieu de « celui contre lequel la demande est formée », termes employés par le code, « celui contre lequel la demande est formée, ou l'exception proposée », ou, plus simplement, « celui à qui on oppose le commencement de preuve ».

2. Oblig., n° 773.

3. Loysel, *Insti. Coutu.*, Liv. V, t. II, max. I.

niale, la solution donnée par Pothier serait incompréhensible. Elle a cependant été suivie par la doctrine et la jurisprudence de façon à peu près unanime. Il faut en conclure que l'article 1347 a une signification différente : il s'agit d'autre chose que de prohiber la preuve testimoniale, la loi se montre plus exigeante¹. Il nous suffit pour le moment d'avoir posé la question ; nous essaierons de la résoudre dans notre Deuxième Partie.

Toullier² s'est contenté d'un examen superficiel du problème : partant du principe inexact que la loi veut simplement écarter les dangers du témoignage, il ne s'explique pas pourquoi l'écrit d'un tiers, qui présente la plupart du temps, nous l'avons vu, infiniment plus de garanties que la déposition d'un témoin, ne peut valoir au moins à titre de commencement de preuve. Aussi, pour lui « la disposition de l'article 1347, qui veut que l'écrit qui doit former le commencement de preuve

1. La meilleure preuve en est la rédaction de l'article 324 : En matière de filiation, plus qu'en toute autre, la preuve testimoniale était à redouter. Les rédacteurs du code n'ont pas manqué de parer à ses dangers, et ils y ont fort bien réussi, grâce aux dispositions de l'article 324. Qu'y a-t-il en effet à craindre ? Qu'un tiers, cédant aux sollicitations trop pressantes de l'enfant, fasse, en sa faveur, un faux témoignage. Mais il n'y a rien à redouter de quelqu'un qui a, dans la contestation, un intérêt contraire à celui de l'enfant : il n'ira pas donner à l'enfant des armes qui se retourneraient contre lui-même ; aussi l'article 324 exige seulement que l'écrit soit émané « d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt si elle était vivante ». Si l'unique but de l'article 1347 avait été, comme celui poursuivi par l'article 324, de lutter contre les dangers du témoignage, on ne comprendrait pas pourquoi les rédacteurs n'auraient pas reproduit les termes de l'article 324, pourquoi ils auraient exigé que le commencement de preuve émanât de l'adversaire actuel au procès.

2. 2^e édit., t. IX, n° 90 s.

soit émané de celui à qui on l'oppose, n'est ni restrictive, ni limitative, et n'empêche pas qu'un écrit non émané directement de la personne contre qui la demande ou l'exception sont formées, fasse le commencement de preuve. » Il fait donc table rase du second élément constitutif du commencement de preuve : il affirme que l'origine du commencement de preuve peut être quelconque.

Mais son opinion ne fut pas suivie ; les termes du code étaient trop formels ; et, après quelques hésitations ¹, la jurisprudence et la doctrine furent unanimes à dire que l'écrit d'un tiers ne peut pas servir de commencement de preuve ².

Il va de soi que, si l'écrit d'un tiers est sans valeur, il en est de même des réponses qu'il peut faire dans un interrogatoire ; d'autant plus qu'ici la raison donnée par Pothier est valable : tous les dangers de la preuve testimoniale reparaissent, puisque c'est au cours du procès et à l'occasion du procès que le tiers est interrogé. Aussi, comme les réponses seraient sans valeur, l'interrogatoire est inutile : c'est pourquoi les arrêts interdisent la comparution personnelle d'un tiers ou l'interrogatoire d'un tiers sur faits et articles, car « dans les cas où la preuve testimoniale est interdite ce serait un moyen facile d'éluder la loi ³ ».

1. Montauban, 28 juill. 1829, confirmé par Toulouse, 25 nov. 1831 : D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4792 : ce jugement expose et adopte la théorie de Toullier.

2. Civile, 6 janv. 1891 : Gouzes c. Caylet : D. 91, 1, 57 ; S. 91, 1, 69.

3. Bordeaux, 24 janv. 1849 : D. 49, 2, 159 ; S. 49, 2, 437. Contra. : Caen, 6 mars 1847 : S. 48, 2, 191 ; la solution adoptée par ce dernier

Mais il peut se présenter des hypothèses délicates : On peut se demander, par exemple, s'il n'y a pas lieu de déclarer opposables à l'une des parties en cause les déclarations faites par une autre partie au procès : non, quoique leurs intérêts soient liés, celle qui a fait la déclaration reste un tiers vis-à-vis de l'autre¹. De même l'écrit émané de l'un des copropriétaires n'est pas opposable à l'autre². Ces solutions nous montrent clairement que si l'écrit d'un tiers est écarté, ce n'est point par crainte de la preuve testimoniale : il n'y a pas à redouter qu'un individu fasse mensongèrement des déclarations contre son copropriétaire ou contre une personne partie au même procès que lui, car il en serait la première victime.

Puisque l'écrit d'un tiers ne peut valoir commencement de preuve, il n'est pas besoin d'ajouter que l'écrit dressé par celui-là même qui l'invoque ne saurait avoir plus grande force probante ; il présente, en effet, bien moins de garanties : on peut supposer qu'il a été créé pour les besoins de sa propre cause par celui qui le produit ; en tout cas, comment le vérifier ? l'une des

arrêt est presque excusable si l'on considère les circonstances de fait dans lesquelles il a été rendu. Il s'agissait de terminer des comptes très anciens ; ceux qui y avaient participé, qui les avaient établis, étaient morts ; mais un tiers en avait eu connaissance et pouvait seul donner tous les renseignements utiles : la Cour de Caen résolut de l'entendre.

1. Paris, 20 nov. 1836 : S. 37, 2, 34.

3. Civ. 30 déc. 1839 : D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4800, S. 40, 1, 139.

parties serait livrée à la mauvaise foi possible, sinon probable de l'autre¹.

Les mêmes raisons font écarter les déclarations de celui qui doit faire la preuve.

On peut donc poser en principe, et en principe qui ne souffre pas d'exception, que le commencement de preuve doit être « émané » de celui-là même à qui on l'oppose, contre qui on veut faire la preuve.

* * *

Il faut maintenant préciser. S'il est certain que le commencement de preuve doit émaner de celui à qui on l'oppose, reste à savoir dans quels cas on peut dire qu'il en est émané.

La réponse semble toute simple : Le commencement de preuve est « émané » de celui à qui on l'oppose quand ce dernier en est l'auteur. Et, par auteur, on entend celui qui a rédigé l'écrit, si on lui oppose un écrit ; celui qui a prononcé les paroles, si on lui oppose des paroles ; celui qui a eu telle ou telle attitude, si on lui oppose des actes ; en un mot : l'auteur matériel.

Un examen superficiel de la jurisprudence laisse croire à l'exactitude de cette conception. Nombreux sont en effet les arrêts qui déclarent le commencement de preuve opposable à son auteur matériel parce que « émané » de lui.

Examinons les espèces qu'ils ont tranchées :

On s'accorde pour reconnaître que, sauf exceptions²,

1. D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4786.

2. Cf. infr., p. 57 s.

il suffit pour qu'un écrit émane de quelqu'un qu'il l'ait soit écrit de sa main, soit simplement signé : Il est inutile qu'il l'ait à la fois écrit et signé ; exiger en effet cette double condition serait le plus souvent demander un acte sous seing privé susceptible de faire pleine preuve¹. Mais il faut pour le moins l'écriture ou la signature : c'est ainsi que la jurisprudence n'a pas voulu admettre à titre de commencement de preuve une lettre circulaire imprimée non signée² ; comment, en effet, au cas de contestation sur la provenance, recourir à une vérification d'écriture ?

La question de la signature a fait naître plusieurs problèmes :

Voici une quittance ; pour que le débiteur puisse l'invoquer contre son créancier en tant que preuve de sa libération, il faut qu'elle soit signée par le créancier. Mais le créancier n'a signé que sur le timbre mobile, timbre qui doit être apposé sur toute quittance. Quelle sera la valeur de cette signature ? La difficulté vient de

1. C'était déjà la doctrine de Pothier (Oblig., n° 766). Dans ce sens : Cass. Belgique, 12 août 1841 : D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4794 ; Civile, 2 février 1901 : D. 1904, 1, 102 ; Req. 26 nov. 1912 : D. 1914, 1, 248, S. 1913, 1, 100 ; arrêt de principe.

— Voici l'une des hypothèses les plus typiques de commencement de preuve considéré par la jurisprudence comme émané de celui qui l'a simplement écrit, sans l'avoir signé. Il s'agit d'une quittance écrite par le créancier, mais non signée par lui : elle fait contre lui commencement de preuve du paiement. Mais on peut craindre d'être en présence d'un reçu préparé à l'avance par le créancier, reçu qu'il se réservait de signer le jour du paiement ; pour parer à ce danger, on exige que la quittance se trouve entre les mains du débiteur : Civ. 20 nov. 1911, D. 1914, 1, 317.

2. Paris, 11 août 1869 : Le Droit, 22 sept. 1869.

ce qu'elle peut avoir l'un ou l'autre des deux buts suivants : ou bien simplement oblitérer le timbre quittance pour obéir aux prescriptions de la loi fiscale, ou bien reconnaître que le paiement a été effectué ; on peut alors se demander quelle a été la véritable intention du créancier qui a signé. D'autre part, il y a lieu de craindre que le timbre signé ait été décollé d'une quittance ancienne pour être recollé sur la quittance litigieuse. On décide cependant, mais il faut tenir compte des circonstances de fait, que la quittance fera commencement de preuve de la libération du débiteur¹.

Exige-t-on une signature véritable, ou bien se contente-t-on d'un paraphe, d'une croix ou d'une marque quelconque ? On exige une signature véritable². Pourquoi ? parce que, dit-on, lorsque la signature est incomplète, la vérification d'écriture est impossible ; c'est inexact, car, s'il est vrai qu'une expertise ne peut donner aucun résultat, il y a d'autres moyens d'identifier avec certitude celui qui a opposé sa marque : par exemple lorsque des témoins étaient présents à la rédaction de l'écrit, pourquoi ne pas les interroger ?

Si le paraphe seul ne peut suffire, il en est autrement lorsqu'il est accompagné des premières lettres de la signature : Un individu met son paraphe au bas de la première page d'un acte ; à la fin de l'acte, il commence

1. Nancy, 4 juill. 1905 : D. 1905, 5, 37. Contra. : rapport du conseiller Cotellet, sous Req. 28 mai 1895 : D. 95, 1, 527.

2. Bruxelles, 27 janv. 1807 : S. chr. : paraphe ; Colmar, 23 déc. 1809 : S. chr. : marque ; Bourges, 21 nov. 1871 : S. 72, 2, 206 : croix.

sa signature, mais il meurt avant d'avoir pu terminer. Pour la Cour de Paris, cet acte est émané de lui¹.

La Cour de Trani a décidé² que l'acte qui n'est revêtu que de simples signatures marginales ne peut pas servir de commencement de preuve ; ces signatures, en effet, constituent de pures formalités, et ne présentent aucun des caractères d'une signature véritable.

En résumé, dans toutes ces hypothèses, un écrit est émané de quelqu'un parce que ce quelqu'un l'a écrit ou l'a signé. Pas de difficultés si le fait de l'écriture ou de la signature est reconnu. Mais que va-t-il se passer si ce fait est dénié par celui à qui on oppose l'écrit ? Il faudra évidemment commencer par trancher ce débat, procéder à une vérification d'écriture (art. 193 et suiv., C. pr. civ.). Toullier développe sur ce point une théorie bizarre³ : L'écrit produit n'a pas besoin, dit-il, d'être reconnu ou vérifié pour pouvoir jouer le rôle de commencement de preuve. En effet : L'article 195 C. pr. civ. permet, dans le cas où il y a contestation sur l'écriture ou la signature, l'audition de témoins ; ces témoins vont déposer sur le fait même de la convention ; mais alors ? Et l'article 1341 ? On est donc en présence d'une hypothèse dans laquelle la preuve testimoniale d'une convention est libre. Non, parce que l'article 1347 joue : il y a un commencement de preuve : l'écrit qu'il s'agit de vérifier ; conclusion : un écrit non vérifié peut servir de commencement de preuve. Il est facile de trouver le

1. Paris, 27 mars 1841 : S. 42, 2, 10.

2. 1^{er} fév. 1882 : S. 82, 4, 27.

3. 2^e édit., t. IX, n^o 64.

point faible de cette argumentation : Toullier affirme que l'article 195 C. pr. civ. permet d'entendre des témoins sur le fait même de la réalité de la convention ; c'est là qu'il commet une erreur : il suffit de lire l'article 195 pour s'en convaincre : « Si le défendeur dénie la signature à lui attribuée, ou déclare ne pas reconnaître celle attribuée à un tiers, la vérification en pourra être ordonnée tant par titres que par experts et par témoins ». Le texte est donc bien clair : Les témoins pourront être entendus, certes, mais sur quoi donc ? uniquement sur le fait de savoir si tel ou tel a écrit ceci ou celà, mais nullement sur ce qu'ils peuvent savoir de l'existence ou de l'inexistence de la convention constatée par l'écrit ; ils viennent donc déposer sur un fait pur et simple et non sur un fait juridique ; il n'est pas besoin de découvrir à tout prix un commencement de preuve complètement inutile, La jurisprudence est aujourd'hui fixée ¹ : Tant qu'il n'a pas été vérifié, l'écrit ne peut pas servir de commencement de preuve, parce qu'on ne sait pas de qui il émane ².

Nous avons ainsi terminé l'étude des espèces dans lesquelles un écrit joue le rôle de commencement de preuve.

Examinons maintenant dans quelles hypothèses des

1. Bastia, 20 juill. 1842 : D. Rép. Méth., v° Vérification d'écriture, n° 67 ; Montpellier, 26 août 1878 : sous Req. 17 juin 1879 : D., 80, 1, 159. Contra.: Montpellier, 10 juin 1848 : D. 49, 2, 229.

2. Il en était de même sous l'empire de l'Ordonnance de 1667 (art. 2 et 3, titre XX) : dans ce sens, un arrêt de la Section Civile de la Cour de Cassation du 19 frimaire an XIV : D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4822, S. chr.

paroles, invoquées à titre de commencement de preuve, sont « émanées » de leur auteur matériel, c'est-à-dire de celui qui les a prononcées.

La jurisprudence exige, au moins dans la plupart des cas (bornons-nous à le constater pour l'instant, sans en rechercher l'explication) que ces paroles aient été prononcées devant certaines personnes ayant reçu de la loi mission de les recueillir : en un mot, qu'elles soient relatées dans un acte authentique. Ce principe a été posé de la façon la plus nette par la Chambre des Requêtes, le 16 mars 1881¹.

Deux catégories d'actes authentiques présentent, au point de vue qui nous occupe, un intérêt tout particulier : les actes notariés d'une part, les actes judiciaires d'autre part.

Le notaire rédige un acte d'après les dires des parties ; ce sont leurs propres déclarations qu'il relate ; on comprend donc qu'elles leur soient opposables comme preuve complète si elles apportent une certitude, à titre de commencement de preuve si elles ne font naître qu'une demi-persuasion. D'autant plus qu'aux termes de l'article 14 de la loi du 25 ventôse an XI la signature des parties est exigée ; si elles ne savent ou ne peuvent signer, le notaire doit en faire mention. Par suite, aucune difficulté de ce côté : Si l'une des parties refuse de signer, l'acte notarié ne lui est pas opposable².

1. D. 81, 1, 311.

2. Si l'acte a été rédigé par un autre que le notaire, alors que le notaire était seul compétent, l'acte est nul, et par suite les déclarations qu'il contient ne peuvent même pas valoir à titre de com-

C'est la solution inverse qu'il faut adopter sur le terrain des actes judiciaires. Les actes judiciaires restent des actes authentiques, même dans le cas où ceux qui ont fait les déclarations qu'ils relatent ont refusé de les signer. Pourquoi ? parce que la loi accorde plus de foi aux actes dressés par des magistrats qu'à ceux dressés par des notaires ; et surtout parce que le refus de signer un acte notarié ne peut s'expliquer que par la volonté de ne pas participer à l'acte, alors que le refus de signer un interrogatoire par exemple peut avoir pour cause le regret d'avoir fait des déclarations compromettantes, et le désir de revenir sur elles¹.

Une étude détaillée des actes judiciaires s'impose, en raison de l'intérêt pratique considérable qu'ils présentent. Sans cesse, on invoque contre une personne ses propres déclarations relatées dans des actes judiciaires. La jurisprudence n'hésite pas à les admettre à titre de commencement de preuve ou de preuve complète, parce qu'elle a trouvé là un moyen pratique d'atténuer la rigueur de notre système de preuves : le commencement

mencement de preuve. C'est ainsi que le décret du 17 avril 1889, article 53, donne compétence aux notaires français en Algérie pour procéder à la liquidation d'une succession musulmane comprenant des meubles et des immeubles ; les cadis n'ont compétence pour ce faire que si la succession est purement mobilière. Aussi, la déclaration consignée dans un inventaire, rédigé par un cadi liquidant une succession qui comprend des immeubles, ne peut servir de commencement de preuve contre celui qui l'a faite : Civ. 29 déc. 1916 : D. 1921, 1, 19.

1. Lyon, 28 août 1818, sous Cass. 6 nov. 1818 : D. Rép. méth., v^o Oblig., n^o 4763, 1^o. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté. Dans le même sens : Crim. 22 avril 1854 : S. 54, 1, 491.

de preuve qui manque dans un procès, le juge peut facilement le faire naître : il lui suffit de procéder à un habile interrogatoire sur faits et articles, ou d'ordonner une comparution personnelle : nous verrons, en effet, que de simples réponses contradictoires peuvent faire commencement de preuve.

Le code de procédure civile réglemente dans ses articles 324 à 336 l'interrogatoire sur faits et articles : « Les parties, porte l'article 324, peuvent en toutes matières et en tout état de cause, demander de se faire interroger respectivement sur faits et articles pertinents concernant seulement la matière dont est question, sans retard de l'instruction ni du jugement ». Ainsi, celui qui veut faire la preuve d'un fait juridique et qui n'a pas le commencement de preuve exigé par l'article 1347, peut demander au tribunal de faire interroger son adversaire¹. Les réponses à cet interrogatoire, constatées dans un procès-verbal, peuvent servir de commencement de preuve par écrit contre celui qui les a faites. Les arrêts en ce sens sont légion², et la jurisprudence est allée très loin dans cette voie. Elle n'exige nullement que celui qui est interrogé reconnaisse formellement le fait contesté ; pareille rigueur aurait rendu inutile l'interrogatoire sur faits et articles : comment, en effet, supposer que celui qui a nié le fait contesté, qui a laissé intenter contre lui un procès, soit soudain saisi à la vue de son

1. Le tribunal est libre de consentir ou de ne pas consentir, et sa décision n'est susceptible ni d'appel, ni d'opposition.

2. Req. 14 fév. 1900 : D. 1900, 1, 287 ; Fontainebleau, 2 fév. 1910 : D. 1911, 5, 60 ; etc.

juge d'une sainte horreur du mensonge, et reconnaisse que son adversaire a mille fois raison. Tout ce que l'on peut raisonnablement espérer, c'est que, peut-être, grâce à un interrogatoire habilement mené, « il fournira contre lui un commencement de preuve par l'embarras, les obscurités calculées, l'ambiguïté ou les contradictions de ses réponses »¹. Voilà pourquoi les arrêts découvrèrent un commencement de preuve dans les réponses obscures, contradictoires ou ambiguës².

Mais, n'est-ce pas violer le principe de l'indivisibilité de l'aveu ? Non. Ce principe ne joue que pour l'aveu judiciaire ; il est donc étranger à la matière³. Il ne faudrait pas cependant aller trop loin, et il serait excessif de faire dire à quelqu'un ce qu'il n'a jamais voulu reconnaître en séparant ses phrases en plusieurs tronçons : Voici par exemple un individu interrogé sur le point de savoir s'il a ou non ratifié un paiement. Il a déclaré qu'il avait reçu une lettre d'un notaire l'informant que le débiteur allait dans quelques jours verser ce qu'il lui devait en son étude ; mais il a ajouté qu'il n'avait donné aucune suite à cet avis parce que le paiement devait être fait à son domicile. Pourra-t-on séparer la dé-

1. Rapport du conseiller Rau, sous Req. 2 janv. 1872 : D. 72, 1, 119.

2. Cass. 6 nov. 1818 : D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4763, 1° ; Req. 5 mai 1909 : D. 1909, 1, 309 ; Paris, 18 oct. 1911 : D. 1911, 5, 60 : La question de savoir si celui qui est interrogé s'est ou non contredit est, évidemment, laissée à l'appréciation souveraine des juges du fait.

3. Req. 6 avril 1836 : D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4763 ; Req. 2 janv. 1872 : D. 72, 1, 119, et le rapport du conseiller Rau. Bonnier, Traité des Preuves, 5^e édit., n° 356.

claration, dire qu'il a reconnu avoir reçu l'avis et qu'en ne répondant pas il a ratifié le paiement ? pourra-t-on laisser de côté l'explication qu'il donne de son silence ? Non, il y a, dans sa déclaration, « une proposition dont les termes sont indivisibles »¹.

Dans les espèces examinées jusqu'à présent, le juge est à même d'apprécier les réponses de celui qui est interrogé, mais que décider lorsque ce dernier refuse de comparaître ou lorsque, ayant comparu, il refuse de s'expliquer : Art. 330 C. pr. civ. : « Si l'assigné ne comparaît pas ou refuse de répondre après avoir comparu, il en sera dressé procès-verbal sommaire, et les faits pourront être tenus pour avérés ». Ainsi le juge peut voir dans la non-comparution ou le refus de répondre, constatés par procès-verbal, pleine preuve contre celui qui n'a pas comparu ou qui s'est retranché derrière un silence prudent ; à plus forte raison peut-il y voir commencement de preuve². On est conduit de la sorte, si l'on veut s'en tenir strictement aux termes de l'article 1347 à énoncer une véritable absurdité : il faut admettre que le procès-verbal constatant la non-comparution d'une partie est un écrit émané d'elle. En réalité, ce qui est « émané d'elle », ce sont ses actes, son attitude : la non-comparution ; c'est là ce qui fait contre elle commencement de preuve.

De l'interrogatoire sur faits et articles, qui joue seulement en matière civile, il faut rapprocher les interrogatoires subis en matière correctionnelle ou criminelle de-

1. Besançon, 29 juin 1892 : D. 93, 2, 555.

2. Bourges, 30 avril 1838 : D. Rép. méth., v° Oblig., n° 4774 ; etc.

vant le juge d'instruction. Là encore les arrêts sont très nombreux¹. Une seule question délicate s'est posée : Peut-on invoquer devant les tribunaux civils des déclarations constatées dans des actes judiciaires rédigés au cours d'une procédure criminelle ou correctionnelle ? Certains arrêts ont pensé que ce serait confondre la juridiction civile avec la juridiction criminelle. Mais, aujourd'hui, la question est tranchée : rien ne s'oppose à ce que l'on cherche dans une procédure criminelle le commencement de preuve nécessaire dans une action civile.

La comparution personnelle remplit le même rôle que l'interrogatoire sur faits et articles. Le tribunal peut toujours, même d'office, ordonner que les parties seront interrogées par lui. Et, en fait, c'est là une mesure qui se développe de jour en jour, manifestation du phénomène d'intervention croissante du juge². La comparution peut avoir lieu soit à l'audience, soit en chambre du conseil ; faut-il appliquer les mêmes règles dans l'un et l'autre cas ? On se prononce dans le sens de l'affirmative, parce que l'article 119 C. pr. civ. n'indique pas que la comparution doit avoir lieu en audience publique³. Exige-t-on qu'il soit dressé procès-verbal des déclarations ou qu'il en soit donné acte au moment où

1. Crim. 8 déc. 1893 : D. 97, 1, 266 ; etc.

2. Il en est ainsi dans le domaine de la filiation, comme dans celui des faits juridiques. La Cour de Poitiers, par arrêt du 13 déc. 1913 (D. 1914, 2, 45), a décidé que les déclarations mensongères de la mère au cours d'une comparution personnelle constituaient un commencement de preuve par écrit.

— Cf. sur ce point Rabelais : Pant. X.

3. Baudry et Barde : Oblig., t. IV, n° 2596, I.

elles sont faites ? Non, il suffit qu'elles soient reproduites dans le jugement¹. Dans quelle partie du jugement ? Si elles sont reproduites dans les motifs, pas de difficultés ; en effet, les motifs sont rédigés par le juge, ils ont donc le caractère d'authenticité exigé par les arrêts. La question est plus délicate lorsque les déclarations ne sont relatées que dans les qualités, œuvre de l'avoué et non du juge. Cependant, on ne fait, en général, aucune distinction².

Les principes qui s'appliquent à la comparution personnelle régissent également les déclarations faites à l'audience en matière civile par la partie, son avoué, ou l'avocat assisté de la partie ou de son avoué. Cependant, pour certains, les déclarations faites à l'audience ne peuvent pas valoir commencement de preuve si elles sont consignées uniquement dans les qualités³.

Qui des déclarations faites à l'audience en matière criminelle ou correctionnelle ? Evidemment, s'il n'en

1. Aubry et Rau, 4^e édit., t. VIII, § 764, note 23.

2. Contra.: Laurent, t. XIX, n° 511, al. 2.

— Ne faudrait-il pas dire toutefois que, si les qualités sont rédigées par l'avoué du déclarant, les déclarations qu'elles relatent sont opposables au déclarant lui-même, comme émanant de son représentant (art. 1347), mais qu'il n'en est pas de même lorsque les qualités sont rédigées par l'avoué de l'adversaire ? En fait la distinction serait peut-être utile ; mais elle n'est pas possible en droit : en effet, l'avoué qui ne rédige pas les qualités peut s'y opposer (art. 144 C. pr. civ.) ; s'il ne le fait pas, il reconnaît par là au nom de son client la sincérité de leur contenu.

— En ce qui concerne les réponses obscures, contradictoires ou ambiguës, il suffit de se reporter à ce qui en a été dit Supr. (p. 40) au sujet de l'interrogatoire sur faits et articles.

3. D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4767.

reste aucune trace, nul ne peut s'en prévaloir ; mais elles peuvent être reproduites soit dans le jugement, soit dans les notes d'audience tenues par le greffier. Si elles sont relatées dans le jugement, il va de soi qu'elles peuvent servir de commencement de preuve contre celui qui les a faites. Mais quand on les retrouve seulement dans les notes d'audience ? Avant la loi du 13 juin 1856 qui a modifié l'article 189 C. inst. crim., le problème était assez simple : L'article 189 se contentait, en effet, de renvoyer à l'article 155, et l'article 155 indiquait seulement que le greffier devait prendre note des dépositions des témoins ; il ne parlait pas des déclarations de l'inculpé ; on en concluait que le greffier n'avait pas à s'en préoccuper et que, s'il l'avait fait, il ne fallait point en tenir compte¹. Mais aujourd'hui la loi de 1856 prescrit au greffier de noter « les déclarations des témoins *et les réponses du prévenu* ». Malgré cette nouvelle rédaction de l'article 189, jurisprudence et doctrine s'accordent pour dire que les déclarations du prévenu reproduites seulement dans les notes du greffier ne peuvent pas valoir commencement de preuve. Pourquoi ? parce qu'on se méfie, avec raison d'ailleurs, de ces notes. Le greffier suit les débats d'une oreille plus ou moins éveillée, les reproduit plus ou moins fidèlement ; le président, quand il vise les notes d'audience, n'est plus à même de contrôler leur exactitude, et le pré-

1. Crim. 17 juill. 1841 : D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4741, 1° ; Crim. 23 sept. 1853 : D. 54, 1, 45. Contra. : Bastia, 6 mars 1833 : D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4741, 2° ; à noter que dans l'espèce les déclarations du prévenu avaient été reproduites par le greffier dans leur intégralité.

venu ne peut protester contre leur rédaction, puisqu'il ne lui en est pas donné lecture. Voilà le véritable motif qui, de tout temps, les a fait écarter¹.

Tout procès doit débiter par une tentative de conciliation devant le juge de paix. A ce moment, les parties font des déclarations souvent fort intéressantes parce que, le procès étant à son origine, l'expérience ne leur a pas encore appris à se montrer réservés dans leurs propos. Il est très rare que la tentative de conciliation ne demeure pas simple tentative ; cependant, parfois, les efforts du juge de paix sont couronnés de succès : il est alors dressé un procès-verbal qui, aux termes de l'article 54 C.pr. civ. « contiendra les conditions de l'arrangement », et tout le monde s'accorde pour reconnaître aux déclarations des parties force de commencement de preuve. Mais cette solution présente peu d'intérêt : puisque le procès est terminé, aucune des parties n'aura, le plus souvent, besoin de se prévaloir des déclarations de l'autre.

Au contraire, on peut avoir un intérêt de tout premier ordre à invoquer dans la suite du procès, contre son adversaire, les déclarations faites par ce dernier au cours du débat qui s'est terminé par la non-conciliation. Est-ce possible ? L'article 54 C. pr. civ. dispose : « dans le cas contraire (s'il n'y a pas conciliation), il (le procès-verbal) fera sommairement mention que les parties n'ont

1. Contra.: Toulouse, 16 juin 1897 : S. 98, 2, 137, note de Labbé ; mais cet arrêt ne voit pas un commencement de preuve dans des notes d'audience seules, il se base, en outre, sur des interrogatoires devant le juge d'instruction.

pu s'accorder ». Le texte paraît donc bien clair : le procès-verbal, dans le cas de non-conciliation, contiendra ces seuls mots : les parties n'ont pas pu s'accorder ; il ne devra pas reproduire les déclarations des parties, et, s'il le fait, on ne pourra pas en tenir compte. Pour Toulhier¹, l'article 54 ne doit pas être interprété aussi restrictivement ; cet article n'a pas abrogé l'article 3 du titre 10 de la loi du 24 août 1790 qui portait que, dans le cas de non-conciliation, le procès-verbal devait reproduire sommairement les dires, aveux et dénégations des parties. La simple lecture des travaux préparatoires montre clairement que, bien au contraire, l'intention du législateur a été d'abroger cette disposition ; le texte de l'article 54 est d'ailleurs absolument formel. Par conséquent, le juge de paix, qui relate dans un procès-verbal de non-conciliation les déclarations des parties, agit en dehors des limites de sa compétence ; l'acte qu'il dresse est nul en tant qu'acte authentique, et l'on ne peut y puiser un commencement de preuve². La mention du refus de répondre qu'il a pu insérer dans son procès-verbal n'a pas plus de valeur : le refus de répondre ne doit être interprété que dans un sens : refus de se concilier. Quelle est la raison de cette mesure ? Il faut bien le dire, c'est que l'on se méfie du juge de paix, comme des greffiers de tribunaux correctionnels : les déclarations, nous dit un arrêt de Besançon du 29 juillet 1881³, pourraient être imparfaitement recueillies et reprodui-

1. 2^e édit., t. IX, n^o 119.

2. Cf. *infra*, p. 49 s.

3. S. 82, 2, 180.

tes. Aujourd'hui, la plupart des auteurs se rangent à cette solution, mais il n'y a pas unanimité dans la doctrine¹. La Cour de Cassation évite de se prononcer ; cependant un arrêt paraît adopter cette opinion, mais très implicitement².

Si le procès-verbal de non-conciliation est signé par celui qui a fait les déclarations, ces déclarations font contre lui commencement de preuve, car on est en présence d'un acte sous seing privé : en apposant sa signature, il a reconnu la sincérité du contenu du procès-verbal.

L'étude des actes judiciaires soulève une dernière question, celle des actes périmés. Toute instance « sera éteinte par discontinuation de poursuites pendant trois ans » : article 397 C. pr. civ. Que deviennent alors les documents probatoires qui font partie de l'instance périmée, tels qu'enquêtes, rapports d'experts, etc. ? Dans l'ancien droit, ils n'étaient pas atteints par la péremption : « probata remanent » ; sous le droit de Justinien, les dépositions des témoins décédés restaient valables ; aujourd'hui, tout disparaît : article 401 C. pr. civ. ; par suite, on ne peut pas se prévaloir à titre de commencement de preuve des actes contenus dans une procédure périmée.

1. Besançon, 29 juill. 1881 ; S. 82, 2, 180. Dans le même sens : Cass., Belgique, 4 mai 1882 ; D. 84, 2, 90, et les conclusions conformes du premier avocat général Mesdach de ter Kiele.

2. Civ. 6 déc. 1899 : S. 1903, 1, 500 ; cf. l'analyse de cet arrêt par Demogue : Revue trimestr. 1904, p. 180.

— C'est toujours la même raison qui fait écarter un procès-verbal dressé par un simple gendarme : Revue trimestr., 1913, p. 814.

Nous en aurions terminé avec les actes authentiques, s'il ne fallait maintenant envisager l'hypothèse dans laquelle l'acte authentique est nul pour défaut de forme, incompétence ou incapacité de l'officier public rédacteur de l'acte. Cette question a déjà été sommairement examinée¹ au sujet du premier élément constitutif du commencement de preuve : on a vu que l'acte authentique nul peut valoir comme acte sous seing privé à la seule condition d'être signé par les parties ; mais que décider si toutes les parties ou quelques-unes d'entre elles n'ont pas signé ? Nous avons laissé de côté ce problème ; il convient d'entrer ici dans quelques détails :

Si l'acte authentique nul n'est signé par aucune des parties, il ne peut, sans aucun doute, valoir commencement de preuve². La question n'est véritablement délicate que dans l'hypothèse où l'acte est signé par quelques-unes des parties seulement. On décide, dans ce cas, qu'il vaut commencement de preuve, mais uniquement contre les signataires³. Une distinction paraît cependant nécessaire : Pourquoi l'acte ne vaut-il pas commencement de preuve contre les non-signataires ? Parce qu'il n'en émane pas ; et pourquoi n'en éma-

1. Cf. *supr.*, p. 13.

2. Civ. 27 janv. 1868 : S. 68, 1, 105 : Cf. ce qui a été dit du procès-verbal de non-conciliation.

3. Toullier enseigne (2^e édit., t. IX, n° 90) que l'acte signé par une seule des parties vaut commencement de preuve contre toutes ; il n'a pas été suivi par les auteurs ni par les arrêts.

— Remarquer que cette question n'intéresse pas seulement les actes authentiques nuls et non signés par tous les contractants, mais aussi les actes sous seing privé en général non signés par toutes les parties.

ne-t-il pas ? Parce que, en ne le signant pas, ils ont indiqué par là qu'ils ne voulaient pas y participer. Il semble donc que cette règle ne peut trouver application que dans la seule hypothèse où certaines des parties n'ont pas voulu signer, mais non dans celles où elles ne l'ont pas pu. On comprend mal pourquoi les auteurs¹ déclarent que l'acte n'est pas opposable à ceux qui n'ont pas signé parce qu'ils ne savaient ou ne pouvaient le faire, alors même que les formalités destinées à remplacer le défaut de signature ont été régulièrement remplies². Le raisonnement tenu par les auteurs, pour être logique n'en est pas moins inexact. L'article 1318, disent-ils, dispose seulement que l'acte authentique vaut comme écriture privée s'il a été signé par les parties ; or, il n'y a pas signature des parties ; donc l'article 1318 ne s'applique pas. N'est-il pas cependant de toute évidence que l'article 14 de la loi de ventôse doit venir compléter l'article 1318, qu'il faut assimiler au cas où la partie a signé celui où, ne sachant signer, on a rempli les formalités nécessaires pour suppléer à ce défaut de signature.

Des règles particulières s'appliquent à l'acte nul, signé par quelques-unes des parties seulement, qui constate un engagement solidaire. C'est qu'il y a dans le problème un élément nouveau : Lorsque des contractants s'engagent solidairement, chacun d'eux n'entend être

1. Baudry et Barde, *Oblig.*, t. IV, n° 2593.

2. On comprend mieux pourquoi la Cour de Nîmes, par arrêt des chambres réunies du 17 juin 1890 (D. 91, 2, 25), donne la même solution dans le cas où les formalités destinées à suppléer le défaut de signature ont été remplies, mais irrégulièrement.

tenu qu'à la seule condition d'être obligé avec ses cocontractants. On comprend alors pourquoi, l'acte n'étant pas opposable aux parties qui n'ont pas signé, il n'est pas opposable non plus à celles qui ont signé. Mais il convient toujours de n'appliquer la règle qu'au seul cas où il y a refus de signature ; en effet, s'il est exact de dire qu'en refusant de signer certaines des parties n'ont pas contracté, et que, par suite, leurs coobligés solidaires sont déliés¹, il n'en est plus de même lorsque les parties qui n'ont pas signé ont voulu cependant s'obliger : bien entendu, il faudra prouver que le défaut de signature ne vient pas d'un refus, mais, une fois cette preuve faite, l'acte sera opposable aux signataires, comme aux non-signataires : c'est ce qu'a décidé avec raison un arrêt de la Chambre des Requêtes du 24 avril 1901².

Telles sont les hypothèses dans lesquelles le commencement de preuve émane de son auteur matériel : Nous avons vu que celui qui a écrit ou signé quelque chose, qui a proféré des paroles, qui a commis un acte, peut se voir opposer son œuvre à titre de commencement de preuve.

* * *

Si nombreuses que soient ces espèces, il ne faut pas

1. Req. 26 avril 1832 : D. Rép. méth. v° Oblig., n° 3809-2°.

2. D. 1901, 1, 444, S. 1904, 1, 299 ; Cf. sous cet arrêt le jugement de St-Malo confirmé par adoption de motifs par la Cour de Rennes ; on trouvait en l'espèce la preuve de l'engagement du non-signataire dans un acte indépendant, et il était établi que le défaut de signature était dû à l'inadvertance du notaire.

voir là une règle générale. Une étude plus approfondie de la jurisprudence va nous le démontrer clairement :

Nous rencontrerons une première série d'hypothèses dans lesquelles l'auteur matériel n'est pas le seul de qui puisse émaner le commencement de preuve. Nous verrons d'autre part que, dans certains cas, il n'en est pas émané.

Et d'abord, à qui peut-on opposer le commencement de preuve, en dehors de son auteur matériel ? De qui peut-il encore émaner ?

La doctrine répond : « De celui qui se l'est approprié » ; Celui qui accepte l'écrit d'un autre le fait sien, il peut se le voir opposer :

S'il l'a accepté d'une façon expresse, la question ne souffre pas de difficulté ; il est bien évident, par exemple, que le propriétaire qui a accepté les comptes de son entrepreneur peut se les voir opposer à titre de commencement de preuve¹ ; de même le non-commerçant qui a accepté le relevé des livres de son adversaire commerçant² ; on peut encore supposer un individu qui contresigne l'écrit d'un autre ou qui reconnaît l'exactitude de cet écrit : la solution est toujours la même³.

La question est beaucoup plus délicate quand on se trouve en présence d'un cas d'acceptation tacite : Voici quelques espèces tranchées par les arrêts :

Il faut établir qu'une convention verbale a été passée

1. Bordeaux, 28 janv. 1909 : Recueil des Sommaires, 1909, n° 2157.

2. Req., 8 août 1860 : D. 60, 1, 497.

3. Cass. Belgique, 18 août 1841 : D. Rép. méth., v° Oblig., n° 4794.

entre un individu et celui qui le remplace au service militaire sur le prix du remplacement. Le remplaçant produit à titre de commencement de preuve le registre de la conscription mentionnant qu'il fait son service en qualité de remplaçant de son adversaire. Mais le remplacé répond : « Ce registre n'a aucune valeur probante contre moi : il n'est pas mon œuvre, il n'est donc pas émané de moi. » Comment tourner la difficulté ? On a la preuve en fait qu'il y a eu remplacement, que, par suite, une convention sur le prix a été passée ; et, en droit, on ne pourrait pas dire que la preuve est faite ! Il faudrait opposer au remplaçant une fin de non-recevoir absolue ! La Cour de Bruxelles ne l'a pas admis ; elle a décidé qu'il y avait dans le registre de la conscription un véritable commencement de preuve contre le remplacé ; que l'on pouvait dire que ce registre était émané de lui « à raison de la part active qu'il avait prise, dans son propre intérêt, aux actes mentionnés ci-dessus » ; le remplacé s'était en effet servi d'extraits du registre pour se faire exempter du service, pour établir qu'il avait acheté un remplaçant : en en faisant usage, il se les est rendus opposables¹.

Autre hypothèse, examinée celle-ci par la Cour de Pau, le 6 mai 1879² : Condat est en possession d'un jument. Claverie, ancien possesseur, soutient que Condat possède à titre précaire, que lui, Claverie, est resté propriétaire. Il s'efforce d'en apporter la preuve, et, pour ce faire, il produit une carte de saillie délivrée

1. Bruxelles, 15 fév. 1825 : D. Rép. méth., v° Oblig., n° 4794.

2. D. 80, 2, 197.

par le service des haras à Condat, portant que la jument est propriété de Claverie, carte acceptée par Condat sans protestation, sans aucune réserve. Condat soutient que cette carte de saillie ne peut lui être opposée, car elle est émanée non pas de lui, mais du service des haras qui l'a dressée. La Cour de Pau décide que, en acceptant la carte, Condat se l'est rendue opposable, qu'elle peut être considérée, de ce fait, comme émanée de lui : qu'elle forme donc commencement de preuve contre lui.

Par deux arrêts rendus le 6 janvier 1891¹, la Chambre Civile s'est efforcée de donner au commencement de preuve une physionomie précise. On présente en général ces arrêts comme assez restrictifs ; on soutient que la Cour de Cassation a voulu réagir contre la tendance des Cours d'appel, nettement manifestée par l'arrêt de la Cour de Pau. En réalité, il n'en est rien. Les Cours d'appel et la Cour de Cassation sont d'accord ; leur jurisprudence forme un tout harmonieux. Il s'agit seulement, pour le comprendre, d'en saisir la véritable portée.

Examinons donc les hypothèses de fait dans lesquelles ont été rendus ces deux arrêts :

Le premier casse un arrêt de la Cour d'Alger du 11 juillet 1888 confirmant un jugement de Blidah du 15 février 1887 : Rey se rend adjudicataire d'un immeuble. Puis il soutient qu'il avait été convenu verbalement avant l'adjudication entre un nommé Berthier et lui que l'acquisition serait faite pour eux deux, de compte à demi. Berthier nie. Rey l'assigne afin de le contraindre

1. D. 91, 1, 57, S. 91, 1, 69.

à passer un acte de vente pour moitié de l'immeuble. Le procès s'engage. Berthier place dans son dossier une note du notaire chargé de l'adjudication. Rey en a connaissance, et il s'aperçoit que, de cette note, il paraît résulter que Berthier a payé une partie des honoraires du notaire : si Berthier a payé une partie des frais de l'adjudication, c'est bien la preuve que l'acquisition devait être faite en partie à son compte. Rey veut donc opposer cette note à Berthier à titre de commencement de preuve. Mais elle est l'œuvre du notaire, non de Berthier. Pour tourner la difficulté, Rey soutient qu'en produisant la note dans son intérêt Berthier se l'est rendue opposable : l'écrit émane de celui qui le produit en justice. Le Tribunal de Blidah adopte très hardiment cette thèse, et la Cour d'Alger confirme. La Chambre Civile examine le pourvoi : Peut-on opposer un écrit à un individu par la seule raison qu'il l'a produit en justice, qu'il s'en est servi, alors qu'il proteste contre l'usage que l'on veut en faire contre lui ? faut-il appliquer la maxime : « quod produco, non reprobo » ? Parce que quelqu'un tire argument d'une partie d'un écrit, fait-il sien l'écrit tout entier ? parce qu'il en reconnaît partiellement l'exactitude, faut-il, malgré ses protestations, dire que, par là, il l'accepte dans son intégralité ? La Chambre Civile ne l'a pas admis : ce n'est point parce que l'on produit un écrit en justice qu'on se le rend propre : il faut une acceptation expresse.

C'est la même solution qu'a consacrée la Chambre Civile dans son second arrêt du 6 janvier 1891¹, par

1. D. 91, 1, 57 ; S. 91, 1, 69.

lequel elle a cassé un arrêt de Montpellier du 30 mars 1889. Ici l'écrit produit était non plus l'œuvre d'un tiers, mais l'œuvre de celui-là même qui l'invoquait : son adversaire l'avait placé dans son dossier.

Certes, ces deux arrêts paraissent en opposition avec les arrêts de Cours d'appel précités, si l'on veut examiner la question simplement sous le jour suivant : y a-t-il acceptation expresse, y a-t-il acceptation tacite ? en effet nous avons rencontré des hypothèses dans lesquelles il suffit d'accepter tacitement un écrit pour se le rendre opposable, tandis que les deux arrêts de 1891 exigent une acceptation expresse. Mais qu'entend-on par acceptation tacite, qu'entend-on par acceptation expresse ? dans quels cas aura-t-on accepté l'écrit d'une façon assez expresse pour se le rendre opposable ? c'est là toute la question ; il nous suffit de l'avoir posée ; nous chercherons à la résoudre lorsque nous étudierons la conception jurisprudentielle du commencement de preuve : nous dégagerons alors l'idée générale qui a dicté toutes ces solutions ¹.

1. C'est encore cette même idée générale qui éclairera les solutions suivantes : On trouve dans les papiers d'un créancier, après sa mort, une note ni écrite, ni signée par lui, énonçant qu'il a reçu paiement de telle ou telle somme. Du seul fait que l'écrit est placé dans les papiers du créancier, va-t-on conclure qu'il lui devient opposable, qu'il en est émané ? on ne l'a pas admis (Civ., 9 nov. 1842 : S. 43, 1, 704). De même on trouve dans les papiers d'un débiteur des quittances délivrées par son créancier constatant le paiement des arrérages d'une rente ; la rente est prescrite ; le créancier pourra-t-il se servir contre son débiteur des quittances pour prouver que la prescription a été interrompue ? Non, car les quittances ne sont pas émanées du débiteur, il ne les a pas faites siennes (Marcadé, 5^e édit., art. 1347, II. Contra.: Toullier, 2 édit., t. IX, n° 99).

Bornons-nous, pour le moment, à constater que, dans plusieurs hypothèses, le commencement de preuve est considéré comme émané de tout autre que de son auteur matériel.

Mais s'il n'est pas possible de dire que le commencement de preuve n'est émané que de son auteur matériel seul, peut-on du moins affirmer qu'il en est toujours émané, qu'en toutes circonstances l'auteur matériel peut se le voir opposer ? Non. Il faut, pour qu'il en soit ainsi, que l'auteur matériel de l'acte qui lui est opposé ait eu connaissance complète de la portée de cet acte, qu'il en ait été l'auteur intellectuel : L'acte est émané de celui qui en a été moralement ou intellectuellement l'auteur. Peu importe qu'il ait écrit ou signé l'acte, qu'il ait prononcé des paroles, qu'il ait accompli telle ou telle action, s'il ne s'est pas rendu compte de leur portée, si, en lui-même, il n'a pas voulu se les approprier ; c'est là ce qu'il faut entendre quand on dit que le commencement de preuve doit être « personnel » à celui contre qui on l'invoque. La plupart du temps, l'auteur matériel sera également l'auteur intellectuel ; et c'est ce qui nous explique pourquoi, dans nombre d'hypothèses, le commencement de preuve émane de son auteur matériel. Mais il n'en est pas toujours ainsi ; alors la qualité d'auteur matériel est insuffisante :

Prenons un exemple : Un notaire rédige un acte : il l'écrit et il le signe ; c'est donc bien son œuvre matérielle. Peut-on le lui opposer à titre de commencement de preuve ? La question se résoud d'une façon très simple : oui, s'il a compris le rôle que pouvait jouer contre lui l'acte qu'il passait, sinon : non. Un notaire

rédige un acte de vente, mais il ne connaît ni l'acheteur, ni le vendeur, ni l'objet vendu. Pourra-t-on plus tard venir invoquer contre lui à titre de commencement de preuve la convention qu'il a constatée ? nullement. Supposons au contraire un notaire qui a acheté un immeuble. Il a, par la suite, rédigé un acte aux termes duquel son vendeur consent sur cet immeuble une hypothèque à un tiers. Il est évident qu'en rédigeant cet acte le notaire n'a pas agi comme une simple machine : il savait fort bien ce dont il était question ; aussi pourra-t-on lui opposer l'acte de constitution d'hypothèque et y voir un commencement de preuve du fait qu'il n'était pas propriétaire, que l'acte de vente avait été simulé, que cet acte n'avait eu pour but, par exemple, que de mettre sur sa tête un surcroît d'impôts afin de le rendre électeur¹.

On peut encore supposer que le notaire, outre sa qualité d'officier rédacteur de l'acte, avait celle de mandataire de l'une des parties. Dans ce cas, sans aucun doute, l'acte lui est opposable.

Imaginons enfin que le notaire était lui-même partie à l'acte qu'il rédigeait. On s'est demandé si cet acte faisait commencement de preuve en sa faveur. Non² ; en effet : L'acte est certainement nul comme acte authentique, puisque l'article 68 de la loi de ventôse an VIII interdit formellement à un notaire de recevoir un acte

1. Req. 4 avril 1838 : S. 38, 1, 732 ; l'hypothèse ne risque pas de se présenter de nos jours ! Contra. : Bordeaux, 14 fév. 1832 : S. 32, 2, 292, D. Rép. méth., v^o Oblig., n^o 4785.

2. Civ., 15 juin 1853 : D. 53, 1, 211 (1^{re} espèce).

où sont intéressés ses parents à un certain degré. Cet acte vaut-il du moins comme acte sous seing privé ? La Chambre Civile répond : non ; et elle tient le raisonnement suivant : L'acte sous seing privé, c'est celui qui est signé par les parties ; le notaire est partie, il a signé, c'est vrai, mais en quelle qualité ? en qualité d'officier public et non en qualité de partie ; comme il n'a pas pu agir en tant qu'officier public, sa signature n'existe pas : l'acte n'est pas signé par lui. C'est exact ; mais nous savons que, pour servir de commencement de preuve, un acte sous seing privé n'a pas besoin d'être signé par toutes les parties, qu'il suffit de la signature de celle à qui on l'oppose¹ ; or, ici, la signature qui fait défaut, c'est celle du notaire, de celui qui se prévaut de l'acte et non de celui à qui on l'oppose. Une application exacte des principes conduirait donc à affirmer que l'acte rédigé par un notaire qui y était partie peut servir en sa faveur de commencement de preuve ; mais qu'on ne peut pas l'invoquer au même titre contre lui : dans ce cas, en effet, ce serait bien la signature de celui à qui on oppose l'acte : du notaire, qui ferait défaut.

On rencontre une difficulté de même nature dans l'espèce suivante : Celui qui signe un acte auquel il a assisté en qualité de témoin peut-il se le voir opposer à titre de commencement de preuve ? Il faut, comme pour le notaire, faire une distinction : Si le témoin a entendu, par sa signature, reconnaître la véracité du contenu de l'acte, il lui sera opposable ; c'est ce qui se produira

1. Cf. *supr.*, p. 49.

lorsque, par la connaissance qu'avait le témoin de certains faits, son attention devait être particulièrement en éveil. Par exemple : Michaudel fait avec Mayat un échange de biens ; une discussion s'élève entre eux au sujet d'un jardin : Mayat soutient que ce jardin fait partie des biens à lui donnés en échange, quoique l'acte authentique d'échange n'en fasse pas mention ; Michaudel affirme le contraire. Mayat apporte à titre de commencement de preuve contre Michaudel un acte postérieur à l'échange et par lequel il a vendu, lui, Mayat, les biens échangés, dont le jardin, à un tiers ; Michaudel, témoin à cet acte, l'a signé. Cette signature le lui rend-elle opposable ? oui, parce que l'attention de Michaudel devait être particulièrement attirée : il savait parfaitement de quoi il s'agissait, et s'il n'avait pas antérieurement donné le jardin en échange à Mayat il n'aurait pas voulu signer, même en qualité de témoin, l'acte par lequel ce dernier vendait ledit jardin à un tiers¹.

On voit déjà apparaître confusément la conclusion qui se dégage de toutes ces espèces : Le commencement de preuve est émané de celui à qui on l'oppose lorsque ce dernier en est l'auteur intellectuel, moral ; ou, plus exactement, lorsque sa volonté a été de reconnaître l'exactitude, la réalité du commencement de preuve. Sans cette approbation, il n'y a pas commencement de preuve ; la jurisprudence n'admet pas que l'on puisse s'en passer. La question à résoudre pour savoir si un commencement de preuve est émané de quelqu'un

1. Agen, 7 déc. 1822 : D. Rép. méth., v° Oblig., n° 4784.

est la suivante : A-t-il lui-même admis la réalité du fait qui rend vraisemblable la prétention de son adversaire ? Le commencement de preuve invoqué contient-il une reconnaissance de sa part ?

§ II. — *Représentants et représentés.*

Par simple application du droit commun, il faut assimiler à celui à qui on oppose l'acte son représentant et celui qu'il représente : Le commencement de preuve peut être opposé au représentant de celui de qui il émane, et à celui qui est représenté par celui de qui il émane¹. Par exemple : l'écrit du mandant est opposable au mandataire, l'écrit du mandataire est opposable au mandant².

Il n'entre pas dans le cadre de cette étude d'examiner les différentes hypothèses où il y a représentation³. Mais recherchons ce qu'il faut décider lorsque

1. Il en est de même sur le terrain de l'article 324 (Seine, 19 juin 1917 : D. 1920, 2, 129 : exploit d'huissier).

2. Il y a lieu de signaler sur ce point la rédaction défectueuse de l'article 1347 : Aux termes de l'article 1347 « émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente », il faut ajouter « ou par qui il est représenté ». Il est en effet hors de tout débat que, par simple application du droit commun, l'écrit du mandataire est opposable au mandant (Baudry et Barde, Oblig., t. IV, n° 2586 ; D. Rép. méth., v° Oblig., n° 4755).

3. Cf. Aubry et Rau, 4^e édit., t. VIII, § 764-b ; Baudry et Barde, Oblig., t. IV, n°s 2600 s. Req. 18 oct. 1911 : D. 1913, 1, 140 : émané de l'auteur ; Nancy, 19 mai 1894 : D. 95, 2, 94 : émané du mari mandataire de sa femme ; Grenoble, 20 juill. 1824 : D. Rép. méth., v° Oblig., n° 4805, Civ., 23 juill. 1851 : D. 51, 1, 269, Li-moges, 28 nov. 1849 : D. 52, 2, 70 : femme représentant son mari ; Req. 19 déc. 1904 : D. 1906, 1, 349 : architecte ; Req. 13 juin 1898 : D. 99, 1, 24 : émané de celui qui gère un immeuble indivis ; Nîmes, 1^{er} fév. 1870, et le rapport du conseiller Rau, sous Req. 2 janv. 1872 :

l'existence du mandat est discutée. Celui qui invoque le commencement de preuve doit prouver qu'il y a eu réellement mandat entre celui de qui émane le commencement de preuve et celui contre qui il veut administrer la preuve ; et, pour ce faire, comme le mandat est un fait juridique, il devra se conformer aux articles 1341 et 1347¹. Pareille difficulté ne se rencontre pas lorsque

D. 72, 1, 119 : negotiorum gestor ; Riom, 15 nov. 1920 : D. 1921, 2, 39 : « que l'article 1347 n'exige pas que l'acte par écrit dont on peut faire ressortir le commencement de preuve soit écrit de la main de celui à qui on l'oppose, mais qu'il suffit qu'il puisse être considéré comme son fait, soit qu'il ait donné l'ordre de l'écrire, soit qu'il en ait dicté les termes » ; etc..., etc...

1. Cf. les conclusions de l'avocat général Feuilleoy sous Req. 17 janv. 1907 : D. 1908, 1, 161. — Ces conclusions ont été rendues dans une espèce tout à fait intéressante, née sur le terrain de l'article 324 : La dame Bonny recherchait sa maternité naturelle ; elle soutenait qu'elle était fille d'une dame Nouvel ; à l'appui de son allégation elle apportait une lettre à titre de commencement de preuve ; mais cette lettre était écrite par un tiers qui n'avait aucun intérêt dans la contestation ; elle soutenait cependant qu'il y avait bien là un commencement de preuve aux termes de l'article 324, car, disait-elle, un tiers avait écrit sur l'ordre de sa prétendue mère. Elle devait donc établir qu'un mandat avait été donné à ce tiers par la dame Nouvel. Pouvait-elle le faire sans commencement de preuve ? Oui, pour l'avocat-général Feuilleoy ; et son raisonnement paraît tout à fait exact. La dame Bonny est, en effet, un tiers par rapport au mandat, puisque le mandat a été passé entre la dame Nouvel et celui qui a écrit la lettre. Certes, en matière de faits juridiques, les tiers eux-mêmes, pour établir l'existence d'un mandat auquel ils sont restés étrangers doivent apporter un commencement de preuve. Mais quelle en est la raison ? C'est qu'ils ne peuvent pas se retrancher derrière l'article 1348 ; ils n'étaient pas dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite du mandat (Cf. Revue trim. 1904, p. 421) ; ils sont en faute : ils ont, en effet, agi à la légère en contractant avec un individu qui s'attribuait la qualité de mandataire sans lui demander justification du mandat. Mais ici, que reprocher à la demanderesse ? Quelle preuve peut-elle apporter du mandat en question sinon la preuve testimoniale - Comment aurait-elle pu se procurer un écrit ? Il y a donc

le mandataire est un officier ministériel. En effet les officiers ministériels sont de plein droit les mandataires de leurs clients ; les actes qu'ils rédigent sont donc, sans discussion possible, opposables à ces derniers. Ainsi on peut trouver un commencement de preuve contre une partie dans les conclusions déposées par son avoué¹, dans la requête qu'il signifie², dans les qualités qu'il rédige ou qu'il approuve³, et même, ce qui est peut-être excessif, dans une simple mention figurant sur ses livres⁴ ; de même l'exploit d'huissier signifié à l'une des parties à la requête de l'autre constitue contre elle un commencement de preuve⁵. Mais le client a toujours à sa disposition l'action en désaveu.

En terminant cette étude une observation s'impose : Nous n'avons pas rencontré un seul arrêt qui admette à titre de commencement de preuve un écrit émané d'un autre que de celui à qui on l'oppose ; la condition de provenance joue donc véritablement le rôle de caractère constitutif du commencement de preuve.

pour la dame Bonny impossibilité à se procurer un écrit ; par suite l'article 1348 joue : la preuve est libre. D'ailleurs, ce n'est pas la preuve d'un mandat que doit faire la dame Bonny ; il faut voir un fait pur et simple dans la dictée d'une lettre à un individu qui la transcrit. (Dans le même sens : note de Rippert, même référence). La Chambre des Requêtes refusa cependant de statuer dans ce sens : elle exige un commencement de preuve du mandat.

1. Req. 4 nov. 1901 : D. 1901, 1, 528 ; Req. 13 avril 1908 : D. 1908, 1, 363 ; Civ. 22 déc. 1914 : D. 1917, 1, 88.

2. Paris, 14 juin 1843 : D. Rép. Méth., v° Oblig. n° 4801.

3. Cf. *supr.*, p. 44, note 2.

4. Bordeaux, 24 fév. 1892 : D. 93, 2, 181.

5. Req. 16 juin 1890 : D. 91, 1, 97.

CHAPITRE III

PERTINENCE DU COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT :

IL DOIT RENDRE VRAISEMBLABLE LE FAIT ALLÉGUÉ

§ I. — *Principes généraux.*

Le commencement de preuve doit « rendre vraisemblable le fait allégué » : art. 1347 ; il doit contenir « la preuve, non, à la vérité, du fait total qu'on a avancé, mais de quelque chose qui y conduit ou en fait partie »¹.

Ce troisième et dernier élément constitutif est-il particulier au commencement de preuve ? Quelque soit le procédé de preuve employé, le fait établi est toujours dans un rapport plus ou moins étroit de connexité avec le fait à établir : c'est ce qu'on appelle la pertinence. Toute la question est de savoir quel est le degré de connexité exigé entre ces deux faits : Demandera-t-on au fait établi par le commencement de preuve de rendre certain le fait allégué ? Ce n'est pas possible : on aurait non pas un commencement de preuve, mais une preuve complète. Il suffit qu'il rende vraisemblable le fait allégué, qu'il crée dans l'esprit du juge une demi-certitude

1. Pothier, *Oblig.*, n° 802.

— Bien que l'article 324 ne dise rien de cette condition il est évident qu'elle y est sous-entendue, et il n'y a aucune différence à faire au sujet de ce troisième élément constitutif entre le commencement de preuve de l'article 1347 et celui de l'article 324 (Req. 12 juill. 1900 : D. 1900, 1, 461 ; Demolombe, *De la Paternité et de la Filiation*, 3^e édit., n° 249).

en établissant non pas le « fait total qu'on a avancé », mais ce fait dans certains de ses éléments ou un fait connexe à celui-ci : « quelque chose qui y conduit ou en fait partie » ; il réalisera donc soit une décomposition de la preuve, soit un déplacement de la preuve. Nous préciserons ces notions dans notre Seconde Partie.

On peut, à ce point de vue, distinguer deux grandes catégories de commencements de preuve : Les uns constituaient de véritables preuves, c'est dans ce but qu'ils avaient été créés, mais la loi n'a pas voulu leur conserver pleine force probante afin de sanctionner l'inobservation de certaines formalités. Rentrent dans ce groupe tous les actes nuls, authentiques ou sous seing privé, qui peuvent encore valoir commencement de preuve. Pour eux, la question de vraisemblance ne se pose même pas, puisqu'ils portent sur le fait même à prouver, puisqu'ils rendent son existence certaine ¹.

Les autres n'ont pas été créés pour servir de preuve ; ils établissent cependant un fait qui rend vraisemblable la réalité du fait allégué. Alors se pose la question de savoir si la vraisemblance est assez grande.

C'est le problème qu'il faut maintenant examiner. Dans quels cas le commencement de preuve produit rendra-t-il le fait allégué suffisamment vraisemblable pour faire admettre la preuve par témoin ou par présomptions ? dans quels cas créera-t-il dans l'esprit du juge cette demi-conviction exigée par la loi ? La réponse paraît malaisée : La conviction du juge se forme librement ; il n'est pas possible de l'enfermer dans des règles

1. Laurent, 2^e édit., t. XIX, n° 527.

précises, il faut bien lui laisser toute liberté. Et c'est là ce qui nous explique pourquoi le juge du fait est tout puissant pour apprécier le troisième élément constitutif du commencement de preuve ; la Cour de Cassation ne peut intervenir¹.

Mais s'il n'est pas possible de dégager une formule précise, du moins peut-on, en étudiant les arrêts, trouver les limites entre lesquelles le juge du fait évolue librement, mais qu'il ne veut pas dépasser : A partir de quand y a-t-il non plus commencement de preuve, mais preuve complète ? A partir de quand y a-t-il non plus un simple fait dont il n'y a pas à tenir compte, mais commencement de preuve ? A la première question, nous ne sommes pas encore en mesure de donner une réponse : Où finit le commencement de preuve, où commence la preuve complète ? dans quels cas le juge est-il à demi convaincu, dans quels cas l'est-il pleinement ? les éléments nous manquent pour trancher ici le problème. Certes s'il n'y a ni déplacement, ni décomposition de preuve réalisés, il y a forcément pleine preuve et certitude ; au contraire si le déplacement et la décomposition sont poussés très loin, il y a seulement commencement de preuve ; mais où est la frontière ? ce n'est que dans notre Seconde Partie que nous serons en mesure de donner quelques précisions.

1. Il en est différemment des deux premiers éléments constitutifs ; il y a là une question de droit, et nous avons vu combien de fois la Cour de Cassation a eu l'occasion de se prononcer. La jurisprudence est invariable dans ce sens : Civ. 16 juill. 1918 : D. 1918, 1, 77 (4^e espèce) ; et les arrêts cités dans : Baudry et Barde, Oblig., t. IV, n° 2614 ; Additions au Nouveau Code civil Dalloz : art. 1347, n° 27 ; etc...

Il est au contraire plus aisé de répondre à la deuxième question ; il est plus facile de délimiter la frontière qui sépare l'absence de preuve du commencement de preuve que de tracer celle qui différencie le commencement de preuve de la preuve complète ; et cependant, on en est encore réduit à énoncer des règles extrêmement vagues. L'étude de quelques arrêts nous permettra de les dégager : La Cour de Nancy, le 19 mai 1894¹, a posé en principe « qu'il n'est pas rigoureusement nécessaire que l'écrit invoqué comme commencement de preuve s'exprime d'une manière positive et directe sur le fait à prouver ; qu'il suffit que les inductions que l'on peut puiser dans ses énonciations donnent à ce fait un caractère suffisant de vraisemblance » ; et elle admet à titre de commencement de preuve d'un paiement la lettre par laquelle le créancier demande à son débiteur de venir lui verser ce qu'il lui doit dès qu'il aura lui-même touché la somme due ; cette somme ayant été touchée postérieurement par le débiteur, on en induit qu'il est vraisemblable que celui-ci l'a versée à son créancier. D'autre part il est admis qu'il suffit que les énonciations de l'écrit fassent allusion au fait allégué². Ainsi le juge se contente d'une simple allusion ; il peut se livrer à des inductions. Mais il ne faut pas aller trop loin, et il faut bien préciser ce que l'on entend par « induction » ; dans l'espèce tranchée par l'arrêt de Nancy, le juge n'avait pas besoin de raisonner beaucoup : la relation entre le fait connu et le fait allégué était facile à déduire : Le

1. D. 95, 2, 94.

2. Req. 9 juill. 1901 : Pand. fr., 1902, 1, 116.

demandeur et le défendeur avaient hérité en commun d'un objet ; puis ils avaient décidé de le vendre ; l'un d'eux en avait été chargé ; l'autre lui écrit de lui verser sa part dès qu'il aura touché le prix ; on peut conclure facilement de cette lettre que, lorsque le prix a été touché, la part a été vraisemblablement versée.

Mais il ne faut pas, pour faire naître la vraisemblance nécessaire, que le juge se livre à des raisonnements compliqués : la relation entre le fait établi par le commencement de preuve et le fait à prouver doit être claire, en quelque sorte sauter aux yeux. Aussi un arrêt de Bordeaux du 21 juillet 1899¹ déclare que « si on peut trouver, dans les réponses faites dans une comparution personnelle un commencement de preuve par écrit, c'est à la condition que ces réponses par elles-mêmes rendent vraisemblable le fait à prouver, sans qu'il soit nécessaire, pour faire naître cette vraisemblance, d'en tirer des déductions et de se livrer à des raisonnements ». Prenons un exemple : Un notaire reconnaît avoir en sa possession cinq titres de créances ; que peut-on tirer de cette déclaration ? qu'il détient cinq titres, et c'est tout ; or il s'agit de prouver qu'il en détient dix-sept ; du fait qu'il en détient cinq, comment déduire qu'il en détient dix-sept ? il est certain que cette déduction n'est pas simple, que, pour y parvenir, il faut se livrer à un raisonnement fort compliqué, dont on ne voit même pas bien la possibilité. C'est ce qu'a décidé la Cour de Bordeaux, le 18 août 1837² : « qu'il est peu logique de con-

1. Journal des arrêts de Bordeaux, 1900, 1, 35.

2. S. 38, 1, 892.

clure qu'un officier ministériel a reçu dix-sept titres de créance, parce qu'il avoue de bonne foi qu'il en a reçu cinq ; que les conséquences d'une pareille argumentation sont effrayantes ». Un dernier exemple pour bien préciser l'idée qui guide les arrêts : Un mandataire affirme avoir envoyé à son mandant dans une lettre recommandée un compte et un billet de banque. Il apporte à titre de commencement de preuve de cet envoi un talon de mandat-poste. Que peut-on déduire facilement de ce commencement de preuve ? qu'il a envoyé un mandat-poste, pas autre chose. Mais il déclare : « Ce mandat-poste je l'ai inséré dans la même lettre recommandée que le compte et le billet de banque ; or cette lettre a certainement été reçue par mon mandant puisque ce dernier a signé le carnet de la poste ». Et après ? peut-on normalement déduire du fait de la réception de la lettre et du fait que cette lettre contenait un mandat, qu'elle contenait également vraisemblablement un compte et un billet de banque ? La Cour de Rennes n'a pas pu l'admettre¹.

Résumons d'un mot toute cette jurisprudence : Il faut que le fait établi par le commencement de preuve rende à première vue le fait allégué vraisemblable.

Il est une hypothèse un peu particulière où, des circonstances extrinsèques, il résulte nettement que le com-

1. Rennes, 25 juin 1903 : D. 1906, 2, 364, Gaz. Pal. 1903, 2, 408 : « Que la production du talon de mandat-poste établit seulement l'envoi de la somme, la décharge par la dame Baudet sur le carnet de la poste : la réception de la lettre renfermant le mandat, mais qu'elle n'implique nullement que la lettre contient également le billet de banque et le compte. »

mencement de preuve ne remplit pas la troisième condition à laquelle il est soumis. Le demandeur apporte un commencement de preuve qui, pris en lui-même, rend bien vraisemblable le fait allégué ; seulement, par suite de certaines circonstances, ce fait est complètement invraisemblable : Il s'agit d'un débiteur qui, pour établir la nullité d'une subrogation, soutient que sa dette était éteinte, alors qu'il a accepté cette subrogation ! La Chambre des Requêtes a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de Metz, qui refusait l'enquête demandée¹ : « attendu que la Cour d'Appel décide que le système du demandeur est en opposition formelle avec les documents qu'il a produits lui-même, notamment avec l'acceptation qu'il a faite de la subrogation du 29 juillet 1839 ». Par conséquent, pour apprécier la vraisemblance du commencement de preuve, le juge peut et doit ne pas se contenter d'examiner seulement le rapport entre le fait établi et le fait à établir, mais considérer l'affaire dans son entier et voir s'il ne s'y rencontre pas quelque chose qui rende invraisemblable le fait à prouver.

§ II. — *Applications.*

Ces principes dégagés, étudions, pour les préciser, quelques-unes de leurs applications les plus fréquentes en jurisprudence ; voyons à propos de quelles hypothèses de fait les arrêts ont le plus souvent occasion de trancher la question de vraisemblance.

Nous retrouvons toujours au premier rang des com-

1. Req. 31 mai 1848 : D. 48, 1, 209.

mencements de preuve les lettres missives. Il serait vain d'imaginer toutes les questions que la jurisprudence peut avoir à résoudre à ce sujet : Dans l'ancien droit les auteurs se sont fait un jeu de construire des hypothèses¹ ; voici l'une des plus typiques : Un père obligé de se séparer de son fils, et craignant sans doute quelques écarts de conduite, écrit à un sien ami : « Mon fils vient habiter votre ville ; veillez sur lui, et avancez lui de l'argent pour ses besoins. » L'ami prétend s'être conformé à ces instructions ; il réclame au père remboursement d'une certaine somme, et produit à l'appui de sa demande, à titre de commencement de preuve, la lettre qu'il a reçue : On s'accorde pour déclarer qu'elle rend bien vraisemblable le fait allégué. Autre exemple : Un individu à court d'argent écrit, en exposant sa triste situation, pour demander un prêt ; on lui consent ce prêt ; puis, quand on lui demande de rembourser, il a l'audace de nier, de soutenir qu'il ne lui a jamais rien été avancé. On produit contre lui la lettre par laquelle il demandait de l'argent. Y a-t-il là commencement de preuve ? En principe oui ; mais pas toujours : Il se peut fort bien que, d'autres éléments du procès, il résulte que le prêt n'a pas dû avoir lieu : c'est, par exemple, ce qu'a décidé la 3^e Chambre du Tribunal de Lyon par jugement du 16 décembre 1920² ; en elle-même la lettre rend le prêt vraisemblable, mais les circonstances extrinsèques détruisent cette vraisemblance.

1. Danty sur Boiceau : liv. II, ch. 11, n° 10 ; Pothier : Oblig., n° 768.

2. Affaire Chevalier c. Lafontaine.

La question de la vraisemblance se pose de façon assez délicate pour les titres prescrits : Est-ce qu'un titre prescrit peut servir de commencement de preuve de l'interruption de la prescription, de l'exécution de la convention ? Un individu est créancier d'une rente en vertu d'un titre qui remonte à plus de trente ans ; son débiteur, auquel il réclame paiement des arrérages, lui répond par la prescription ; il faut donc qu'il établisse l'interruption de la prescription : le paiement des arrérages durant les années qui précèdent son action ; c'est là un fait juridique, il doit donc apporter un commencement de preuve. Le titre prescrit en tiendra-t-il lieu ? On voit que la question est plus générale : Un contrat peut-il servir de commencement de preuve de son exécution ? Parce qu'un contrat a été passé, est-il vraisemblable qu'il a été exécuté ? le fait établi par le commencement de preuve : réalité du contrat, rend-il vraisemblable le fait allégué : exécution du contrat ? Y a-t-il entre ces deux faits un lien suffisant de connexité ? de l'existence de l'un peut-on conclure à la vraisemblance de l'autre ?

En général les auteurs se prononcent dans le sens de la négative¹. Et cependant, neuf fois sur dix, un contrat passé n'est-il pas exécuté ? faut-il donc admettre que la mauvaise foi est la règle ? Sans se livrer à des déductions compliquées, n'est-il pas raisonnable d'affirmer que, puisqu'un contrat a été signé, il est vraisemblable

1. Baudry et Barde, *Oblig.*, t. IV, n° 2.607 ; Aubry et Rau, 4^e édit., t. VIII, § 764, 3^e a.

que les parties en ont exécuté les clauses ?¹ Pourquoi donc rejeter cette solution ? C'est, dit-on, parce qu'il est possible qu'il n'y ait pas eu exécution ; certes, en général, un contrat est exécuté, mais il a pu ne pas l'être ; cette simple possibilité suffit pour faire écarter le commencement de preuve. Ainsi apparaît la vraisemblance sous un jour nouveau : Pour les auteurs, ce n'est pas la vraisemblance, telle qu'elle est comprise en général, qu'il faut rencontrer dans le commencement de preuve. Il faut plus : du moment où il y a place pour une erreur, il n'y a pas vraisemblance : le fait d'avoir passé un contrat ne rend pas vraisemblable celui de son exécution, parce qu'il est possible qu'il n'y ait pas eu exécution. N'est-ce pas aller au delà des limites de la vraisemblance, exiger une certitude ? Aussi les arrêts n'ont pas adopté la théorie des auteurs. Ils se sont prononcés dans l'hypothèse suivante : Il s'agissait d'établir qu'un notaire avait reçu dans son étude le prix d'une vente. Pouvait-on apporter contre lui à titre de commencement de preuve la clause de l'acte de vente portant que le prix serait payé en son étude ? De ce qu'il existait une convention aux termes de laquelle le prix devait être payé en l'étude, pouvait-on conclure qu'elle avait été vraisemblablement exécutée ? Oui, pour la jurisprudence¹.

1. Dans ce sens : Caen, 20 mai 1840 : D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4846, S. 40, 2, 300.

1. Req. 7 nov. 1899 : D. 99, 1, 563. Contra : Rennes, 11 avril 1867 : D. 68, 2, 215, mais il faut tenir compte des circonstances de fait. Baudry et Barde se prononcent dans le sens de la Chambre des Requêtes (Oblig., t. IV, n° 2610) sans se rendre compte qu'ils se mettent ainsi en contradiction avec la théorie générale qu'ils exposent.

— Les auteurs ont coutume de citer dans leur sens un arrêt de la Cour de Caen du 30 avril 1860 (D. 61, 2, 36 ; S. 61, 2, 93), mais à

En ce qui concerne plus particulièrement les titres prescrits, il est une raison spéciale de les écarter en tant que commencements de preuve : La prescription crée à l'encontre du créancier une présomption légale de libération ; aucune preuve n'est admise contre elle ; ne serait-il pas curieux de pouvoir invoquer contre la prescription le titre prescrit lui-même ?¹

Supposons un débit-rentier qui a négligé de se faire rédiger par son créancier reçus des arrérages qu'il lui a versés régulièrement chaque année ; il a cependant un reçu pour la dernière année. Son créancier lui réclame paiement des arrérages échus, exception faite de ceux de la dernière année. Pourra-t-il demander à établir sa libération par témoin ou par présomptions en produisant la quittance de la dernière année à titre de commencement de preuve ? va-t-il pouvoir dire que si le créancier lui a donné quittance pour le dernier

tort : Il s'agit, en effet, de la clause d'un contrat de bail aux termes de laquelle le bailleur a la faculté de donner congé à son fermier ; peut-on invoquer cette clause à titre de commencement de preuve du congé donné ? On le voit, cette situation ne ressemble nullement aux hypothèses précédentes : le fait établi n'est point du tout qu'il a été passé un contrat aux termes duquel le bailleur donnait congé à son fermier, mais qu'une clause du contrat donnait au bailleur la possibilité, s'il le jugeait utile, de donner congé à son fermier. Il fallait donc non plus déduire l'exécution d'un contrat de son existence, mais imaginer qu'un contractant avait usé d'une simple faculté que lui réservait le contrat. N'eût-il pas été hors du bon sens de prétendre que le bailleur avait dû vraisemblablement donner congé à son fermier uniquement parce que le bail lui en donnait la possibilité ? On comprend fort bien qu'en l'espèce, la Cour de Caen ait exigé « un écrit postérieur à la convention pour rendre vraisemblable son exécution ».

1. Civ, 19 nov. 1845 : D. 46, 1, 38 ; S. 46, 1, 609.

terme sans faire aucune réserve c'est bien que, vraisemblablement, les termes précédents étaient acquittés ? Oui, répondent les arrêts, et avec raison¹.

Un mineur a emprunté de l'argent, ou, du moins, un individu affirme lui en avoir prêté. Le mineur nie. Pour le confondre, le prétendu créancier produit le billet souscrit. Mais le mineur peut répondre : « Pour que l'engagement que j'ai pris soit valable, il est nécessaire que l'argent emprunté m'ait profité (art. 1312) ; mon créancier doit donc faire cette preuve. Or il produit à titre de commencement de preuve un billet qui établit peut-être que j'ai emprunté, mais qui ne rend pas même vraisemblable que j'ai tiré un profit quelconque des deniers empruntés ; par suite, sa demande doit être rejetée : il n'apporte pas le commencement de preuve exigé par l'article 1347. »

Un simple projet d'acte peut-il servir de commencement de preuve par écrit ? Comme toujours il est impossible de donner une réponse absolue. Certes, lorsque l'acte est resté à l'état de simple projet parce que les parties ont refusé de le signer, il est évident qu'il ne peut avoir aucune force probante : Le fait d'avoir refusé de signer est en effet bien loin de rendre vraisemblable le fait que le contrat a été passé !² Mais la question peut se poser de façon plus délicate : L'une des parties prétend qu'un contrat de vente a été passé verbalement, et que, plus tard, ce contrat étant déjà parfait, on décida

1. Colmar, 22 mai 1812 : D. Rép. Méth, v^o Oblig. n^o 4850 ; Req. 27 février 1882 : D. 82, 1, 414.

2. Baudry et Barde, Oblig., t. IV, n^o 2607.

de le confirmer par écrit ; elle apporte le projet de cet écrit rédigé par le notaire de son adversaire ; peu importe, dit-elle, que la signature de mon adversaire n'y figure pas : le contrat était passé verbalement, la signature ne constituait qu'une pure formalité. Le tribunal de la Seine a rejeté la demande d'enquête¹ ; on ne peut qu'approuver cette décision : Quel est le fait à établir ? Qu'un contrat de vente a été passé verbalement ; quel est le fait établi par le commencement de preuve ? qu'un projet d'acte de vente a été dressé. En lui-même le projet d'acte ne rend nullement vraisemblable la vente ; il rend plutôt vraisemblable qu'il n'y a pas eu vente, puisqu'il est resté simple projet. Evidemment, s'il était prouvé que ce projet avait été rédigé simplement pour confirmer une vente verbale précédemment intervenue, on aurait la vraisemblance exigée. Mais il s'agissait justement d'établir ce contrat verbal ; le projet de contrat écrit ne le rend en rien vraisemblable. Si, en principe, le projet ne rend pas vraisemblable l'existence du contrat, il peut en être différemment en raison des circonstances extrinsèques : Voici un projet d'acte sous seing privé par lequel un individu se reconnaît débiteur d'une certaine somme ; peut-on en conclure que le prêt a été réalisé ? oui, si ce projet a été adressé par le débiteur à son créancier².

Après l'étude des projets d'actes, se place tout naturellement celle des promesses unilatérales :

La promesse unilatérale de vente rend-elle vraisem-

1. Seine, 6 déc. 1901 : D. 1903, 2, 113 ; note de M. Jules Valéry critiquant cette décision.

2. Req. 4 juin 1896 : D. 96, 1, 456.

blable le fait de la vente ? Il y a ici non plus un simple projet, mais un engagement réel et sérieux de l'une des parties. Peut-on en conclure qu'elle l'a exécuté ? Pour qu'elle ait pu l'exécuter, il faut le consentement de l'autre partie ; pour qu'il y ait vente il faut d'abord que le vendeur soit prêt à vendre, mais il faut aussi qu'un acheteur veuille bien acheter. Par conséquent, le fait à prouver est double : il faut établir qu'il y a eu promesse de vente, qu'il y a eu promesse d'achat. Le commencement de preuve apporté est la promesse de vente elle-même. Il est donc pleinement établi qu'il y a eu réellement promesse de vente ; ainsi la question à résoudre est la suivante : cette promesse de vente rend-elle vraisemblable le fait qu'elle a été suivie d'un achat ? On comprend qu'en principe il faille répondre par la négative : peut-être l'acheteur a-t-il trouvé la chose à son goût, mais peut-être aussi n'en a-t-il pas voulu ; on ne peut pas dire qu'en général la promesse de vente est suivie de vente ; il faut donc la rejeter en tant que commencement de preuve de la vente. Mais, là encore, il n'y a pas de solution absolue ; par suite de circonstances extrinsèques, la promesse de vente peut rendre vraisemblable le fait que la vente a été passée : Un possesseur se prétend propriétaire et voit intenter contre lui une action en revendication ; pour établir qu'il est réellement propriétaire, il apporte un acte aux termes duquel il lui a été fait promesse de vendre l'immeuble que l'on revendique contre lui ; cela rend-il vraisemblable qu'il en est propriétaire ? Nous savons que la promesse de vente, prise en elle-même, ne peut pas rendre vraisemblable le fait de la vente. Mais il y a dans

le procès un élément extrinsèque dont il faut tenir compte : la possession ; le défendeur à l'action en revendication dira avec raison : « Si vous me trouvez en possession d'un immeuble pour lequel j'établis qu'il m'a été fait promesse de vente, n'est-ce pas vraisemblablement parce que la promesse a réellement été exécutée ? »¹

La promesse d'acheter obéit-elle aux mêmes règles que la promesse de vendre ? Faut-il dire qu'en principe elle ne peut pas servir de commencement de preuve de l'achat ? La question se pose dans les mêmes termes ; la solution doit être identique. Comment savoir, en effet, si celui à qui je désire acheter consentira à me vendre.² La situation est différente si je m'adresse à quelqu'un qui, de son côté, m'a fait promesse de vendre. Par exemple, si je demande la livraison au prix indiqué des marchandises exposées en vitrine par un commerçant : dans cette hypothèse promesse de vente et promesse d'achat sont toutes les deux établies, la vente est donc parfaite.

1. Bordeaux, 7 mai 1834 : S. 35, 2, 177. Toullier, 2^e édit., t. IX, n° 91 s.; Larombière, Oblig., art. 1347, n° 30.

2. Contra : Toullier, 2^e édit., t. IX, n° 107 ; Larombière, Oblig., art. 1347, n° 30 : Pour eux, la promesse de payer une certaine somme pour marchandises à livrer (c'est-à-dire la promesse d'acheter) rend vraisemblable le fait de la livraison (c'est-à-dire l'exécution de la vente).

§ III. — *Conclusion.*

Après étude de ces hypothèses jurisprudentielles, on est en mesure de préciser quelque peu la notion de la vraisemblance exigée du commencement de preuve.

Deux tendances se manifestent : L'une, adoptée par les auteurs : La vraisemblance c'est vraiment « l'apparence de la vérité »¹ ; mais quelle différence peut-on faire entre l'apparence de la vérité et la vérité elle-même ? ce que nous prenons pour la vérité n'en est-ce pas l'apparence ? aurions-nous la prétention de voir dans nos jugements quelque chose d'absolu, et pouvons-nous demander au magistrat autre chose que de se prononcer dans le sens de ce qui lui « paraît » être la réalité ? En un mot, pour les auteurs, et c'est par là que se condamne leur conception, le commencement de preuve doit apporter une certitude, relative comme toute certitude humaine, mais tout de même une certitude ; c'est confondre manifestement pleine preuve et commencement de preuve. Les arrêts ont su éviter cet écueil ; les juges, comme toujours, et c'est là ce qui fait la valeur de notre jurisprudence, ont raisonné simplement avec leur bon sens. Pour eux, ce qui est vraisemblable, c'est tout bonnement ce qui est probable : si, du fait établi par le commencement de preuve, on peut conclure qu'il est probable que le fait allégué existe réellement, l'enquête est autorisée, les présomptions sont admises. Mais il ne leur suffit pas que le fait allégué soit rendu possible :

1. Larombière : Oblig., art. 1347, n° 28.

se contenter en effet d'une simple possibilité serait supprimer à peu près complètement le troisième élément constitutif du commencement de preuve, car il est trop facile de bâtir une possibilité.

Mais, pour rechercher la probabilité, les arrêts ne se contentent pas de prendre d'une part le fait établi, d'autre part le fait allégué. C'est tout le procès qu'ils examinent ; et, en tirant argument des circonstances extrinsèques, ils peuvent rejeter l'offre de preuve quoique, pris en lui-même, le fait établi rende probable le fait allégué, ou, au contraire, l'admettre bien que par lui-même le fait établi ne rende point vraisemblable le fait allégué. Nous en avons vu maints exemples.

En résumé, le commencement de preuve répond au caractère de vraisemblance exigé par la loi, lorsqu'il permet d'établir un fait qui rend au moins probable le fait allégué.

DEUXIÈME PARTIE

La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit et le système général des preuves

CHAPITRE I^{er}

LA CONCEPTION JURISPRUDENTIELLE DU COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT ; SES RAPPORTS AVEC LE PROBLÈME DE L'ANALYSE LOGIQUE DE LA PREUVE

Parvenus au terme de l'étude des trois éléments constitutifs du commencement de preuve, jetons un coup d'œil en arrière et rappelons d'un mot les conclusions auxquelles nous a conduit l'examen de la jurisprudence.

Les arrêts se montrent extrêmement larges pour apprécier le premier caractère du commencement de preuve : un écrit. Il serait vain de vouloir considérer encore ce caractère comme un élément constitutif, comme une condition d'existence du commencement de preuve.

De l'étude du second élément constitutif se dégage une conclusion diamétralement opposée : L'origine du

commencement de preuve présente, pour la jurisprudence, un intérêt capital. Le commencement de preuve de l'article 1347 doit être « émané » (nous avons précisé ce qu'il faut entendre par là) de celui-là même à qui on l'oppose.

Quant au troisième élément constitutif, rappelons que le commencement de preuve doit faire demi-preuve en rendant probable le fait qu'il s'agit d'établir.

Il est temps de rechercher quelle est exactement la conception du commencement de preuve telle qu'elle ressort à l'heure actuelle des solutions jurisprudentielles :

Le premier élément constitutif, pour le moment du moins, ne peut nous être d'aucune utilité, puisqu'il nous a fallu conclure à sa quasi-inexistence. Restent les deux autres : Nous pouvons dire que le commencement de preuve de l'article 1347 est « quelque chose, « émané » de celui à qui on l'oppose, et qui rend probable le fait allégué ».

Que conclure de cette définition à l'état embryonnaire ? Qu'est-ce donc que ce « quelque chose « émané » de celui à qui on l'oppose » et susceptible de faire preuve contre lui ? La réponse vient d'elle-même : Le commencement de preuve est un aveu au sens large du mot : une reconnaissance : La jurisprudence exige, avant d'admettre la preuve testimoniale ou les présomptions, que celui-là même contre qui on veut faire la preuve ait fourni l'arme avec laquelle on doit le combattre, qu'il ait reconnu la réalité du fait dont on veut tirer argument contre lui : qu'il ait fait un aveu. Mais, dira-t-on, un aveu fait pleine preuve ; comment donc la loi pourrait-elle avoir créé un aveu qui rendrait seulement probable le

fait allégué ? Ici encore la réponse est toute simple : il s'agit d'un demi-aveu.

Reste à préciser cette conception et à en vérifier l'exactitude.

Nous rechercherons d'abord si ce qui est invoqué à titre de commencement de preuve présente bien les caractères de l'aveu ; nous verrons ensuite que l'existence du commencement de preuve doit être établie comme celle d'un aveu ; enfin nous étudierons pourquoi l'aveu ne fait que commencement de preuve, au lieu de faire pleine preuve, en quoi il n'est qu'un demi-aveu.

* * *

Il n'est pas douteux que le commencement de preuve de l'article 1347 présente bien les caractères constitutifs, ceux qui sont de l'essence même de l'aveu. La définition la plus juridique qui ait été donnée de l'aveu est, en effet, la suivante : « C'est une déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai et comme devant être tenu pour avéré à son égard, un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. »¹ Qui ne voit que cette définition peut convenir au commencement de preuve ? Reprenons les exemples les plus pratiques et les plus simples de commencements de preuve : Les déclarations dans une comparution personnelle : N'est-ce pas « une déclaration par laquelle une personne reconnaît comme vrai et comme devant être tenu pour avéré à son égard, un fait de nature à produire contre

1. Aubry et Rau, 4^e édit., t. VIII, p. 167. Cf. Baudry et Barde, Oblig., t. IV, n° 2701.

elle des conséquences juridiques » ? Evidemment, puisque le code exige que la déclaration soit personnelle à celui à qui on l'oppose. Les lettres missives : si celui qui a écrit une lettre se la voit opposer plus tard, n'est-ce pas parce qu'il a reconnu en l'écrivant « un fait de nature à produire contre lui des conséquences juridiques », conséquences que l'on essaie justement de tirer contre lui ? Que l'on prenne l'un quelconque des commencements de preuve, on arrive à la même conclusion, puisque toujours il doit « émaner » de celui à qui on l'oppose.

Mais, objecte-t-on, l'aveu est une reconnaissance volontaire. Il faut d'abord préciser ce que l'on entend par là : On peut donner de cette formule deux explications : La première c'est que l'aveu doit émaner d'une volonté libre : s'il y a violence, s'il y a dol, s'il y a erreur, l'aveu n'existe pas juridiquement ; dans ce sens, commencement de preuve et aveu sont évidemment régis par les mêmes principes. La seconde explication est la suivante : L'aveu doit être l'œuvre d'une volonté réfléchie : il faut que celui qui avoue comprenne nettement la portée de son acte, saisisse toutes les conséquences juridiques que cet acte est susceptible de produire à son encontre ; par suite, l'aveu doit être spontané, il ne peut pas être provoqué. Si cette conception était exacte, il est certain que rapprocher le commencement de preuve de l'aveu serait commettre une lourde erreur ; en effet, très souvent, celui qui fournit contre lui-même un commencement de preuve le fait involontairement, non pas en ce sens que sa volonté est atteinte d'un vice quelconque, mais en ce sens que, s'il avait compris les consé-

quences juridiques de son acte, il ne l'aurait pas commis. Prenons par exemple celui qui écrit à son créancier : « je vous paierai tout ce que je vous dois » : s'il avait pensé que, plus tard, il nierait sa dette et que cette lettre servirait contre lui de commencement de preuve, il ne l'aurait point écrite. Mais dire que l'aveu doit être une œuvre volontaire, ne signifie nullement qu'il doit émaner d'une volonté réfléchie ; en voici la preuve : Le code de procédure civile (art. 330) dispose que l'individu qui refuse de comparaître ou refuse de répondre dans un interrogatoire sur faits et articles peut voir tenir pour avérés les faits sur lesquels il ne veut pas s'expliquer ; et la jurisprudence, par application pure et simple de cet article, voit parfois dans le refus de répondre et dans le défaut de comparution un véritable aveu. Va-t-on dire que cet aveu est l'œuvre de la volonté réfléchie de celui qui a refusé de comparaître ou de répondre ? Comment, d'autre **part**, **expliquer** que le juge dans une comparution personnelle puisse provoquer l'aveu par ses questions, puisse s'efforcer de l'arracher au comparant ? l'aveu n'est donc point spontané. En résumé, l'aveu et commencement de preuve doivent, l'un comme l'autre, être l'œuvre d'une volonté libre, mais non d'une volonté réfléchie.

L'assimilation paraît plus délicate quand on étudie un autre caractère de l'aveu : Pour certains arrêts¹ « l'aveu suppose une prétention élevée par celui au profit duquel il est fait contre celui de qui il émane »,

1. Paris, 18 nov. 1867 : D. 67, 2, 210.

c'est-à-dire qu'il n'y a aveu que là où il y a contestation : la reconnaissance faite avant tout débat par l'une des parties en faveur de l'autre n'est pas un aveu. Or le commencement de preuve est souvent puisé dans un document antérieur à la contestation. Répondons simplement que cette conception de l'aveu, si elle est exacte en ce qui concerne l'aveu judiciaire, soumis à des règles très strictes parce que le juge a l'obligation d'y voir pleine preuve, paraît difficilement applicable à l'aveu extrajudiciaire, pour lequel le juge conserve au contraire toute sa liberté d'appréciation, et qui, par suite, ne doit obéir qu'à des règles extrêmement larges. Est-ce que le débiteur, qui, avant tout débat sur l'existence du prêt, reconnaît incidemment sa dette dans une comparaison personnelle où il est appelé à l'occasion d'une autre affaire, n'en fait pas un véritable aveu ? Pourquoi y aurait-il là reconnaissance et non aveu ? On ne saisit pas la différence, et c'est jouer sur les mots : à quoi bon une distinction aussi arbitraire ? pourquoi interdire au juge dans un cas et non dans l'autre de voir pleine preuve contre celui qui a fait la déclaration ?

Ces quelques remarques suffisent pour faire apparaître que les caractères constitutifs de l'aveu, pris au sens large, sont ceux du commencement de preuve. Nous verrons plus tard en quoi il s'en distingue, pourquoi le commencement de preuve ne fait que demi-preuve, pourquoi il ne s'agit que d'un demi-aveu.

* * *

Celui qui veut produire un commencement de preuve doit donc alléguer d'abord que son adversaire a fait

un demi-aveu. Mais il ne suffit pas de l'alléguer, il faut encore le prouver. Le problème est ainsi reculé d'un degré : Pour prouver un fait juridique, il faut prouver un aveu ou un demi-aveu. Comment va-t-on administrer cette preuve ? En cherchant la réponse à cette question, nous allons comprendre la véritable portée du premier caractère du commencement de preuve : un écrit.

Sur ce point, l'assimilation entre le commencement de preuve et l'aveu extrajudiciaire est particulièrement frappante : tout ce qui sera dit de l'un pourra s'appliquer à l'autre.

Supposons d'abord un commencement de preuve qui résulte de paroles : On invoque contre celui qui les a faites ses propres déclarations ; on lui oppose un demi-aveu. Mais il faudra apporter la preuve de son existence : Il ne suffit pas que l'une des parties vienne dire : « Mon adversaire a reconnu telle chose » ; le juge en exige la démonstration. De même celui qui veut se prévaloir d'un aveu extrajudiciaire doit en faire la preuve ; (si l'on se prévaut d'un aveu judiciaire, la question de preuve ne peut pas se poser, puisque l'aveu a été fait devant les juges eux-mêmes).¹ Comment va-t-on faire cette preuve ? Le seul article de notre code consacré à l'aveu extrajudiciaire tranche la question : art. 1355 : « L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible » autrement dit : En matière de faits juridiques, il faut

1. Cf. M. Picard : De la Commune Renommée dans ses rapports avec la théorie des preuves : II^e Partie, II, 2°.

un écrit pour prouver l'existence d'un aveu extrajudiciaire, ajoutons : et d'un commencement de preuve.

Nous comprenons maintenant parfaitement quel est le rôle véritable joué par l'écrit dans le commencement de preuve : Il intervient uniquement non pas pour rendre probable le fait contesté, mais pour rendre certaine l'existence du demi-aveu exigé par les arrêts.

Il en est ainsi, non seulement lorsque le commencement de preuve résulte de paroles, mais aussi lorsqu'il est contenu dans un écrit : L'écrit, ici encore, n'intervient qu'à titre de preuve du demi-aveu qu'il renferme. Et, de même que pour établir l'existence d'un aveu qui résulte d'un acte écrit, il faut produire cet écrit au juge¹, de même il faut apporter au tribunal l'écrit qui contient le demi-aveu, qui renferme le commencement de preuve.

L'écrit n'est donc pas une condition d'existence, un élément constitutif du commencement de preuve ; qu'il y ait écrit ou qu'il n'y ait pas écrit, il peut y avoir commencement de preuve ; l'écrit vient simplement prouver l'existence du demi-aveu qui fait commencement de preuve.

Nous comprenons pourquoi, dans certaines hypothèses, on peut se passer d'écrit : c'est que la preuve de l'existence du commencement de preuve est faite ; et pourquoi, au contraire, dans d'autres hypothèses, quoiqu'il y ait écrit, il n'y a pas commencement de preuve : c'est que l'écrit invoqué n'apporte pas une certitude assez grande de l'existence du demi-aveu.

¹. Cass. 3 juin 1812 : S. chr.

Il n'est pas besoin d'un écrit lorsque l'existence du demi-aveu ne fait aucun doute. Mais comment peut-elle être établie autrement que par un écrit ? Il va de soi que ni la preuve testimoniale, ni les présomptions, ne peuvent suffire à faire cette preuve, puisque le demi-aveu a justement pour but de rendre ces modes de preuve admissibles ; sinon l'article 1341 serait lettre morte : le créancier, par exemple, au lieu de demander à établir qu'il a prêté de l'argent à son débiteur, demanderait à prouver que son débiteur a reconnu un fait qui rend le prêt probable ; cette preuve, il serait libre avec ce système, de la faire par tous moyens ; il aurait ainsi le commencement de preuve exigé et il pourrait prouver le fait même du prêt par témoin ou présomptions. Mais si le témoignage, pas plus que les présomptions, ne peuvent servir à établir l'existence du demi-aveu, l'écrit n'est pas le seul mode de preuve admissible ; certes il faut exiger ce que l'on peut appeler une preuve parfaite, mais nous verrons ¹ que la preuve par écrit n'est pas le seul procédé de preuve parfait, que l'aveu, lui aussi, fait pleine preuve. Aussi, quand le fait du demi-aveu est reconnu, il n'est pas besoin d'écrit ² : voilà pourquoi nous avons vu ³ que dans le cas où l'existence du commencement de preuve est reconnue par celui à qui on l'oppose, il n'est pas besoin d'apporter un écrit : c'est là, semble-t-il, la meilleure démonstration que l'on puisse faire du rôle véritable joué par l'écrit.

1. Infr. p. 114 s.

2. Il en est de même pour la preuve de l'aveu extrajudiciaire : c'est dans ce sens qu'il faut interpréter l'article 1355.

3. Supr., p. 26.

C'est encore cè rôle qui nous explique des solutions qui, à première vue, nous paraissent invraisemblables : Comment, disions-nous, peut-on dire que le refus de comparaître constitue un écrit émané de celui qui n'a pas comparu ? Evidemment, la question posée de la sorte restè sans réponse. Mais l'écrit n'est pas une condition d'existence du commencement de preuve ; il n'y a donc pas à rechercher, ce qui serait absurde, si le refus de comparaître, qui peut servir de commencement de preuve, est ou non un écrit. L'écrit joue un rôle tout différent : Le procès-verbal qui constate la non-comparution n'est pas le commencement de preuve ; il vient seulement établir l'existence de ce commencement de preuve, du demi-aveu. Il en est de même de tous les actes judiciaires invoqués à titre de commencement de preuve : C'est leur contenu qui fait commencement de preuve, ils ne servent qu'à faire preuve de sa réalité ; par exemple, le jugement qui relate les propos tenus par l'une des parties dans une comparution personnelle vient établir que ces propos ont été réellement tenus ; la lettre dans laquelle un individu se reconnaît débiteur donne au juge la certitude de cette reconnaissance.

C'est toujours parce que l'écrit intervient seulement à fin de preuve du demi-aveu, et non en tant que condition d'existence du commencement de preuve, que s'expliquent les solutions larges admises par la jurisprudence. Pour les arrêts, un écrit quelconque suffit : une simple note sur feuille volante, une simple mention en marge ou au dos d'un acte : C'est que les juges peuvent y voir une preuve suffisante de l'existence du demi-aveu ; la note doit être, en effet, de la main de celui à qui on l'oppose.

La jurisprudence se montre au contraire extrêmement méfiante, lorsque l'écrit apporté n'est point de celui à qui on l'oppose ; lorsque ce n'est pas celui qui a fait le demi-aveu qui l'a constaté par écrit. Les arrêts demandent alors une certitude complète : Il faut que, sans discussion possible, les paroles relatées dans l'écrit aient bien été prononcées par celui à qui on les attribue. Voilà pourquoi les déclarations ne peuvent servir de commencement de preuve que dans certaines hypothèses nettement déterminées¹ : les déclarations transcrites par un simple particulier n'ont aucune valeur ; même celles qui ont été faites devant un notaire n'ont pas plus grande force probante : il faut qu'elles soient signées de celui à qui on les oppose. Seules les déclarations faites devant des magistrats ont force probante : Les juges, et on ne saurait leur en faire grief, n'ont confiance qu'en eux-mêmes : lorsqu'un juge affirme, en signant un procès-verbal ou en rédigeant un jugement, que les paroles litigieuses ont réellement été prononcées, il faut s'incliner, quand même celui de qui elles sont censées émaner aurait obstinément refusé de les signer. Mais les juges des tribunaux de première instance et des cours d'appel ont une notion assez étroite de l'infailibilité : Ils admettent en leur faveur une présomption irréfragable en vertu de laquelle ils ne peuvent pas commettre d'erreur ; mais ils s'abritent seuls derrière ce rempart, et n'hésitent point à dire que ni les juges de paix, ni les greffiers de tribunaux correctionnels, ne méritent une confiance quelconque : ceux-là peuvent se tromper, et les notes du

1. Cf. *supr.* p. 38 s.

greffier, de même que les procès-verbaux de non-conciliation dressés par les juges de paix, ne font pas une preuve suffisante de la réalité de leur contenu¹.

La jurisprudence s'est trouvée fort embarrassée lorsqu'elle a dû résoudre l'hypothèse suivante : Un contrat est passé par message téléphonique. L'une des parties nie l'existence de ce contrat. Son adversaire lui oppose alors le message téléphonique qu'elle lui a transmis. Elle répond : L'agent des postes qui a transcrit mes paroles a commis une erreur : par exemple, alors qu'il ne s'agissait que de pourparlers, il leur a donné la forme d'un contrat ferme. Le problème peut se poser de deux façons : Ou bien on demandera au tribunal de voir dans le message téléphonique la preuve complète du contrat, comme il la verrait dans une dépêche télégraphique ; sur ce point, la jurisprudence s'est nettement prononcée : le message téléphonique ne peut pas faire pleine preuve² ; il y a, en effet, entre la dépêche télégraphique et le message téléphonique une différence profonde : l'original de la dépêche reste aux mains de l'administration des postes, il sera donc facile de voir s'il y a eu erreur dans la transmission ; au contraire comment vérifier l'exactitude du message téléphonique, comment savoir si l'agent des postes a reproduit exactement les paroles qui ont été prononcées ? Il n'y a qu'un moyen de s'en assurer : la preuve testimoniale, à la condition que les paroles aient été prononcées devant des témoins susceptibles d'en affirmer l'exactitude. Mais la preuve

1. Cf. *supr.* : p. 38, 39, 45, 47, 48.

2. Bordeaux, 20 nov. 1894 : D. 96, 2, 377 (sous note a).

testimonial n'est pas admissible de plano ; l'article 1341 régit le contrat passé par téléphone¹. Il faut donc trouver un commencement de preuve ; le message téléphonique peut-il en tenir lieu ? Nous voyons ici apparaître très nettement la double question qui se pose chaque fois que l'on produit un commencement de preuve : Ce qui est invoqué à titre de commencement de preuve constitue-t-il un demi-aveu ? Ce demi-aveu est-il prouvé ? A la première question, la réponse est facile : les paroles prononcées par celui à qui on les oppose, que ce soit au téléphone ou ailleurs, constituent forcément un demi-aveu, si elles rendent probable l'existence du contrat, ce qui n'est pas discuté en l'espèce. La difficulté porte sur la deuxième question, sur l'existence du demi-aveu : Celui à qui on oppose ses propres déclarations affirme ne les avoir jamais faites ; qu'invoque-t-on à l'encontre de cette dénégation ? le message téléphonique ; les paroles litigieuses, dit-on, ont été prononcées puisque l'agent des postes les a transcrites sur le message. Toute la question est donc de savoir si l'on peut faire à un agent des postes confiance assez grande pour admettre qu'il n'a pas pu commettre d'erreur dans la transcription. Nous avons vu que les juges se couvrent seuls de cette présomption d'infailibilité. Il semble donc que, sans la moindre hésitation, ils ne doivent pas ajouter plus de foi à un agent des postes qu'à un notaire.

1. Seine, 6 déc. 1901 : D. 1903, 2, 113, et la note de M. Jules Valéry. Bien entendu, si le contrat passé par téléphone est un contrat commercial, la preuve en est libre : Seine, 4 avril 1895 : D. 96, 2, 377, et la note de M. Jules Valéry.

Mais les conséquences d'une telle solution sont désastreuses : De plus en plus, aujourd'hui, on use du téléphone pour traiter les affaires ; la vie sociale se transforme et la jurisprudence veut se modifier avec elle ; or, refuser de voir un commencement de preuve dans un message téléphonique, c'est dire que la preuve du contrat passé par message téléphonique est impossible : certes le contrat existera, mais l'une des parties sera toujours à la merci de la mauvaise foi de l'autre ; pour ne pas exécuter le contrat, il suffira d'en nier l'existence. Aussi la jurisprudence hésite, et, à l'heure actuelle, il ne paraît pas qu'elle se soit prononcée très nettement ni dans un sens, ni dans l'autre ; cependant peut-être est-il possible de dire que le jugement de Bordeaux du 20 novembre 1894 ¹ adopte, mais d'une façon très implicite, la thèse qui voit un commencement de preuve dans le message téléphonique.

On comprend maintenant, sans qu'il soit besoin d'insister, quel est le véritable rôle joué par l'écrit dans le commencement de preuve de l'article 1347 : C'est un écrit à fin de preuve du commencement de preuve ; ce n'est pas un élément constitutif : le commencement de preuve existe sans lui et en dehors de lui ; il vient seulement en prouver la réalité ; et encore, dans ce rôle de second plan, n'est-il pas indispensable : l'aveu et le serment décisive, autres procédés de preuve parfaits, peuvent en tenir lieu ².

1. D. 96, 2, 377 (sous-note a).

2. Les caractères de l'écrit dans le commencement de preuve de l'article 324 sont, nous l'avons indiqué, ceux de l'écrit dans le

Le commencement de preuve, avons-nous dit, présente les caractères essentiels de l'aveu, parce qu'il doit être personnel à celui à qui on l'oppose. Mais alors pourquoi ne fait-il pas pleine preuve ? pourquoi n'y voir qu'un « demi-aveu » ?

Par la réponse qu'il faut donner à cette question, nous retrouvons la distinction déjà faite entre deux catégories de commencements de preuve :

Les uns font seulement demi-preuve parce qu'ils réalisent à un degré très avancé un déplacement ou une décomposition de la preuve ; et les autres, parce que la loi a voulu leur enlever pleine force probante afin de sanctionner les règles qu'elle édictait.

Étudions d'abord les commencements de preuve qui réalisent un déplacement ou une décomposition de la preuve.

Dans son ouvrage : « De la Commune Renommée dans ses rapports avec la théorie des preuves », M. le professeur Picard démontre de façon indiscutable que l'on n'établit jamais le fait allégué dans tous ses éléments : ou bien on n'établit ce fait que dans certains de ses éléments (décomposition de la preuve), ou bien on établit un fait connexe (déplacement de la preuve) ; et le juge, par un effort de raisonnement, conclut de l'exis-

commencement de preuve de l'article 1347. C'est que l'écrit joue dans un cas comme dans l'autre un rôle bien analogue : Le commencement de preuve de l'article 324 peut être défini : une présomption ayant une force probante particulière à raison de son origine : il doit, en effet, émaner d'une personne digne de foi. Cette origine, quelque différente qu'elle soit de celle exigée par l'article 1347, il faut en apporter la preuve. Dans l'une et l'autre hypothèse, l'écrit n'est exigé que pour établir une provenance.

tence du fait connexe ou de quelques éléments du fait allégué, à l'existence du fait allégué ; pour le faire, il reste souverain : il décide à son gré si oui ou non le fait établi est suffisamment pertinent. C'est là tout le problème de l'analyse logique de la preuve qu'il faut soigneusement distinguer du problème soulevé par les procédés de preuve. L'étude du dernier de ces problèmes permet de savoir comment on établira l'existence d'un fait déterminé ; l'examen du premier conduit à préciser quel est le fait qu'il faut établir. Deux questions bien distinctes sont donc soulevées par l'étude de la théorie générale des preuves : 1^o Quel fait faut-il prouver ? 2^o Comment faut-il le prouver ?

Rappelons les définitions données par M. le professeur Picard ; il importe de les connaître avant d'aller plus loin : « Déplacer la preuve, c'est la transporter du fait litigieux impossible à établir sur un fait voisin » ; décomposer la preuve, c'est « admettre comme suffisante la preuve de l'un des éléments du fait à établir. » Les conditions essentielles requises en principe pour qu'un fait soit pertinent sont les suivantes : « il faut d'abord que le fait sur lequel la preuve est déplacée soit précis ; il faut ensuite qu'il implique raisonnablement l'existence du fait dont la preuve est nécessaire au gain du procès, qu'il ne puisse raisonnablement s'expliquer autrement. »

Et maintenant revenons au commencement de preuve ; cherchons ce qui traduit en lui l'influence du problème de l'analyse logique de la preuve.

La question que nous nous sommes posée est la suivante : Pourquoi l'aveu ne fait-il, en l'espèce, que demi-preuve, ne constitue-t-il qu'un demi-aveu ? C'est, avons-

nous dit, parce que, dans certains cas, il réalise un déplacement ou une décomposition de la preuve. Pothier l'avait fort bien compris : Il faut, écrit-il¹, que le commencement de preuve contienne « la preuve, non, à la vérité, du fait total qu'on a avancé, mais de quelque chose qui y conduit (déplacement) ou en fait partie (décomposition). »

Mais de quel déplacement, de quelle décomposition de preuve s'agit-il ? le déplacement et la décomposition de preuve présentent-ils dans le domaine du commencement de preuve quelque chose de particulier, quelque chose qui les distingue du déplacement et de la décomposition qui peuvent être réalisés par tout procédé de preuve ?²

Quand on apporte un commencement de preuve, on invoqué, nous l'avons vu, un aveu. La question est donc la suivante : Sur quel fait doit porter l'aveu pour faire pleine preuve, sur quel fait doit-il porter pour faire demi-preuve ? Quel est, entre le fait établi par l'aveu et le fait à établir, le degré de connexité exigé pour qu'il y ait preuve complète ; quel est celui exigé pour qu'il y ait commencement de preuve ? Il est évident que ce lien doit être plus étroit dans le premier cas que dans le second : le fait prouvé doit être plus près du fait litigieux si on veut en déduire une preuve complète, que si on se contente d'y voir un commencement de preuve et d'au-

1. Oblig., n° 802.

2. L'aveu parfait, comme tout autre mode de preuve réalise un déplacement de preuve : il suffit de renvoyer à la démonstration qui en est faite par M. le professeur Picard : op. cit.

toriser la preuve par témoin ou présomptions. On est en présence d'une sorte d'échelle des preuves, au sommet de laquelle se place la certitude, point théoriquement inaccessible : la certitude suppose que le fait établi est le fait même allégué ; logiquement il y a là une impossibilité. Au pied de l'échelle, en dehors du domaine de la preuve, on rencontre la situation suivante : deux faits : l'un établi, l'autre à établir, mais rien n'indique que, de l'existence de l'un, on puisse conclure à la simple possibilité de l'autre : il n'y a entre eux aucun lien de connexité, si lâche soit-il. Entre ces deux points limites se place toute une série d'échelons qu'il faut diviser en trois groupes : Les hypothèses où le lien de connexité existe, mais n'est pas assez puissant pour faire commencement de preuve ; au-dessus, celles où ce lien est assez fort pour qu'il y ait commencement de preuve ; enfin, celles où, plus fort encore, il permet au juge d'affirmer qu'il y a pleine preuve. C'est donc la double limite entre les cas où il n'y a pas preuve du tout et ceux où il y a commencement de preuve d'une part, et d'autre part entre ceux où il y a commencement de preuve et ceux où il y a preuve complète, qu'il faut déterminer. Dégager des règles précises, nous l'avons indiqué, serait chercher l'impossible, puisque nous sommes sur le domaine d'appréciation souveraine des juges du fait. On peut cependant indiquer les directives générales suivies par les arrêts.

Et d'abord, dans quels cas le fait établi sera-t-il assez connexe au fait allégué pour qu'on puisse dire qu'il fait au moins commencement de preuve ? Quelles sont les limites entre l'absence de preuve et le commencement

de preuve ? Cette question, nous l'avons tranchée¹ : le fait établi, avons-nous dit, est suffisamment pertinent pour faire commencement de preuve s'il rend « probable » le fait allégué. Donc, si le fait établi rend seulement possible le fait allégué, il n'y a pas commencement de preuve ; il n'y a commencement de preuve que dans l'hypothèse où le juge peut conclure de l'existence du fait établi à la « probabilité » du fait allégué. Telle est la pertinence, tel est le lien de connexité, exigé pour faire demi-preuve.

Recherchons maintenant la limite entre le commencement de preuve et la preuve complète : La pertinence doit être plus grande, nous l'avons vu, pour qu'il y ait preuve parfaite : c'est que le déplacement réalisé par le commencement de preuve est un simple déplacement préalable au déplacement ultime que viendra réaliser soit le témoignage, soit les présomptions. Mais il faut préciser : Reprenons la définition de la pertinence donnée par M. le professeur Picard, dans le domaine de la preuve complète : Pour qu'un fait soit pertinent « il faut d'abord que le fait sur lequel la preuve est déplacée soit précis » ; (laissons de côté ce premier caractère, il est en effet commun à la pertinence exigée pour qu'il y ait commencement de preuve et à la pertinence exigée pour qu'il y ait preuve complète ; il ne peut donc nous être d'aucune utilité comme élément de différenciation). « Il faut ensuite qu'il implique raisonnablement l'existence du fait dont la preuve est nécessaire au gain du procès, qu'il ne puisse raisonnablement s'expliquer au-

1. Cf. *supr.* p. 67 s.

trement ». Comparons cette définition avec celle que nous avons donnée de la pertinence sur le terrain de la demi-preuve : il faut et il suffit que le fait établi rende probable l'existence du fait allégué. La différence apparaît ainsi nettement : D'une part, dans le domaine du commencement de preuve, simple rapport de probabilité. D'autre part, dans le domaine de la preuve complète, rapport plus étroit ; il faut que « raisonnablement » l'existence du fait allégué ne puisse s'expliquer que par la seule existence du fait établi, qu'il n'y ait pas d'autre explication possible ; n'est-ce pas dire que l'existence de l'un doit entraîner certitude de l'existence de l'autre, certitude qui ne va pas sans possibilité d'erreur, mais, tout de même, certitude aussi grande qu'elle peut être exigée par une justice humaine.

C'est ainsi que la pertinence dans le commencement de preuve permet de préciser la limite de la pertinence dans la preuve complète : il faut, dans ce dernier domaine, plus qu'une simple probabilité.

Possibilité, probabilité, quasi-certitude, tels sont les trois critères qui permettent de dire s'il y a ou non pertinence suffisante pour faire soit commencement de preuve, soit pleine preuve.

Après avoir tracé les frontières de la pertinence, revenons plus spécialement à son étude sur le terrain du commencement de preuve : Examinons les hypothèses de fait dans lesquelles l'aveu ne fait que demi-preuve, parcequ'il réalise un déplacement ou une décomposition de la preuve, en un mot parcequ'il porte sur un fait connexe au fait allégué et qui le rend simplement « probable ».

Les hypothèses sont innombrables : Supposons un individu qui a sollicité un prêt ; il l'a reconnu, et on apporte la preuve de cet aveu par la lettre même dans laquelle il sollicitait ce prêt. Voilà donc un aveu ; cet aveu est établi. Mais il y a déplacement de preuve, car le fait à établir, fait qui est seul contesté, c'est le fait même du prêt. De la demande de prêt on peut conclure à la probabilité de l'existence du prêt. Les hypothèses dans lesquelles il y a décomposition de preuve sont plus rares. On peut cependant en citer quelques exemples : Un débiteur avoue être redevable d'une certaine somme à son créancier, mais sans en déterminer le montant ; l'existence de cet aveu est établie par une lettre dans laquelle le débiteur écrit : « Je vous paierai ce que je vous dois ». Donc le fait d'avoir prêté 100 francs, fait à prouver, n'est établi que dans certains de ses éléments : il est indiscutable qu'il y a eu prêt, mais on ne sait pas de quelle somme. L'écrit pourra servir de commencement de preuve aux fins d'établir la quotité.

Une dernière remarque avant d'abandonner le problème de la pertinence. L'aveu établi est, avons-nous dit, assez pertinent pour faire commencement de preuve, lorsqu'il rend probable le fait allégué. Où le juge va-t-il donc puiser les éléments nécessaires pour trancher cette question de probabilité ? Comme il est souverain, il est évident qu'il pourra les rechercher partout, dans tous les faits du procès. Il ne va pas prendre d'une part le fait établi, d'autre part le fait allégué, et se demander si, dégagés de toutes les circonstances du procès, ils sont dans un rapport tel que la probabilité de l'existence de l'un résulte de l'existence de l'autre. Ce

serait stupide. Les circonstances intrinsèques joueront un rôle de tout premier plan ; et un fait qui en rend un autre certain dans telle affaire, ne le rendra que probable dans telle autre, et seulement possible dans une troisième. Nous avons déjà rencontré plusieurs applications de ce principe ; il suffit d'y renvoyer ¹.

Nous avons ainsi terminé l'étude du premier groupe de commencements de preuve de l'article 1347 : les aveux qui ne font que demi-preuve, qui ne sont que des demi-aveux, parce qu'ils portent sur un fait connexe au fait allégué : parce qu'ils réalisent d'une manière large un déplacement ou une décomposition de la preuve, parce qu'ils rendent seulement probable le fait litigieux.

Mais il y a des aveux qui, portant directement sur le fait à prouver, n'ont cependant que la force de demi-preuve, ne peuvent valoir que simples commencements de preuve. C'est le cas de tous les écrits qui sont déclarés nuls par la loi, mais qui ont cependant force de commencement de preuve. Ils ont déjà été étudiés en détail ². Il suffit d'en rappeler un exemple : Supposons un contrat de vente. En signant le contrat, l'acheteur reconnaît qu'il achète, le vendeur reconnaît qu'il vend :

1. Cf. *supr.* p. 34 (note 1) : la quittance écrite par le créancier et non signée par lui ne rend probable la libération du débiteur que si elle se trouve entre les mains de celui-ci. P. 76 : la même circonstance est exigée pour que le projet d'acte rende probable la conclusion du contrat. P. 77 s. : la promesse de vente, en principe, ne rend pas probable l'existence du contrat de vente ; il en est autrement lorsque celui qui l'invoque est en possession. P. 69 s. ; la probabilité peut être détruite par l'attitude prise dans le procès par celui qui invoque le commencement de preuve.

2. Cf. *supr.*, p. 13 s., 49 s.

il y a donc là un aveu ; l'acte qui constate le contrat établit l'existence de cet aveu ; et l'aveu porte bien sur le fait litigieux lui-même : la réalité de la vente. Pourquoi cet aveu ne pourra-t-il faire que commencement de preuve ? C'est que l'article 1325 exige que les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques soient faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Et comme il faut édicter une sanction à toute règle si on veut la faire respecter, on enlève à l'acte, qui ne se conforme pas aux prescriptions légales, pleine force probante : il ne pourra valoir qu'à titre de commencement de preuve. On peut en dire autant de tout acte nul, authentique ou sous seing privé, auquel la loi ou la jurisprudence reconnaît force de demi-preuve.

Une objection se présente : Pourquoi, dira-t-on, rattacher, dans ces hypothèses, le commencement de preuve à l'aveu ? Ne faudrait-il pas ici le rapprocher de la preuve littérale ? N'est-il pas une preuve littérale dégénérée, un écrit qui ne vaut que demi-preuve parce qu'il est nul ? Il présente tous les caractères de la preuve littérale, notamment le caractère essentiel : il est une preuve préconstituée : l'écrit a été dressé dans le but de servir de preuve au fait juridique qu'il constate ; il faudrait donc poser le principe suivant : le commencement de preuve constitue tantôt un demi-aveu, tantôt un écrit dégénéré. Ce ne serait point commettre une erreur : il est en effet indiscutable que, dans ces hypothèses particulières, le commencement de preuve constitue une preuve littérale ; mais ce serait ne pas aller assez avant dans le système général des preuves : Nous

verrons¹ que, en fait, la preuve littérale se ramène toujours à un aveu ; il en est tout particulièrement ainsi sur le terrain du commencement de preuve : que l'on prenne l'un quelconque des actes nuls qui peuvent former commencement de preuve, on trouvera toujours en lui une reconnaissance, un aveu de celui à qui on l'oppose ; l'existence de cet aveu est établie par l'acte nul ; cet aveu porte sur le fait litigieux lui-même ; mais il ne vaut que demi-aveu pour obliger les parties à respecter les formalités qui leur sont imposées par la loi.

On a ainsi dans le domaine de l'article 1347, deux catégories de commencements de preuve. Les uns réalisent un déplacement ou une décomposition de la preuve à un degré avancé, les autres n'en réalisent pas. Mais les uns et les autres constituent un demi-aveu.

On peut donc définir le commencement de preuve de l'article 1347. Un aveu qui fait seulement demi-preuve, soit parce qu'il porte sur un fait qui rend simplement probable le fait allégué, soit parce qu'il y a eu violation d'une règle légale.

* * *

Cette définition permet d'éclaircir les quelques solutions légales et jurisprudentielles encore inexplicées.

Rappelons-nous que l'un des plus graves problèmes soulevés par l'étude du commencement de preuve est le suivant : Dans quels cas celui qui voit invoquer contre lui un commencement de preuve, dont il n'est pas l'au-

1. *Infr.* p. 115 s.

teur matériel, l'aura-t-il accepté d'une façon assez expresse pour se le rendre opposable ?¹ Nous sommes maintenant en mesure de donner une réponse précise à cette question : Le commencement de preuve est un aveu ; il faut donc que celui à qui on l'oppose ait reconnu la véracité des faits invoqués à ce titre contre lui. C'est bien là ce que décide la jurisprudence, qui, à première vue, pouvait paraître incohérente. Reprenons par exemple l'hypothèse tranchée par la Cour de Pau² : En acceptant sans protestation la carte de saillie portant Claverie propriétaire de la jument litigieuse, Condat a, par là-même, avoué que la carte avait été dressée régulièrement ; de cet aveu on peut conclure à la probabilité de la propriété de Claverie. Les solutions données par la Cour de Cassation dans ses deux arrêts du 6 janvier 1891³ ne sont nullement en opposition avec cette décision : La jurisprudence se décide toujours à l'aide de la même pierre de touche : Il s'agit de savoir si celui qui produit un écrit en justice se le rend opposable : oui, s'il reconnaît l'exactitude de son contenu, sinon : non ; et ce n'est pas autre chose que déclare la Cour de Cassation. En produisant un écrit en justice, on ne tient pour exacte que la partie de cet écrit dont on argumente, et non le reste. Il y a d'ailleurs là une question de fait : dans les hypothèses tranchées par les arrêts de 1891, celui à qui on voulait opposer une partie de l'écrit à titre de commencement de preuve

1. Cf. *supr.* p. 56.

2. Cf. *supr.* p. 53.

3. Cf. *supr.* p. 54.

avait sans cesse protesté; il était donc bien loin d'avouer que cette partie-là de l'écrit était exacte ; aussi la Chambre Civile ne pouvait-elle pas y voir un commencement de preuve contre lui.

C'est toujours à l'aide de la même idée générale que l'on peut expliquer la solution donnée par un arrêt de la Chambre Civile du 30 décembre 1839¹ : Deux sœurs vivent ensemble ; elles sont copropriétaires d'un immeuble ; l'une d'elles, écrivant à une personne au sujet de cet immeuble, emploie le pronom nous. Evidemment cette lettre lui est opposable à titre de commencement de preuve. Est-elle opposable à sa sœur ? Non, parce que cette dernière, qui n'avait pas donné mandat d'écrire en son nom, n'a pas avoué le fait sur lequel porte la lettre, n'a pas reconnu la véracité de son contenu².

Article 1320 : « L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve ». Elles serviront de commencement de preuve lorsque le signataire

1. D. Rép. Méth., v^o Oblig., n^o 4800, S. 40, 1, 139. Cet arrêt est d'autant plus intéressant qu'il permet de saisir la différence qui sépare les deux conceptions du commencement de preuve : celle de l'article 1347 et celle de l'article 324.

2. Au contraire, en matière de filiation, la lettre de l'une serait opposable à l'autre, puisqu'il suffit que le commencement de preuve soit œuvre d'une personne ayant dans la contestation même intérêt que celle à qui on l'oppose.

y aura porté attention, aura avoué par sa signature qu'elles sont exactes ; mais si, des circonstances du procès, il résulte qu'il n'y a porté aucune attention, que, par suite, sa signature ne peut en rien équipoller à un aveu, elles n'ont aucune valeur probante. De même, si elles sont sans force vis-à-vis des tiers, c'est que ces derniers n'ont jamais reconnu leur exactitude.¹

La jurisprudence décide qu'en aucun cas la reconnaissance de dette, contenue dans un testament du vivant du testateur, ou dans un testament caduc ou nul, ne peut valoir commencement de preuve de l'existence de la dette. Au premier abord, la solution paraît curieuse. L'explication cependant en est simple : Il n'y a pas aveu. En effet : Si le testateur est vivant, il peut toujours révoquer son testament ; par suite, comme le testament ne produira effet qu'au jour du décès du testateur, nul ne peut savoir si, à ce jour, l'aveu existera ou n'existera pas. Si le testament, acte solennel, est nul, tout son contenu est nul : l'aveu est donc inexistant. Ainsi la reconnaissance de dette ne peut valoir ni aveu parfait², ni même demi-aveu : commencement de preuve³. Et cependant, ne faut-il pas dire avec l'avocat-général Bosch⁴ : « Certes... il est vrai... qu'un testa-

1. Aubry et Rau, 4^e édit., t. VIII, § 755, II, d.

2. Paris, févr. 1832 : D. 32, 2, 164 ; Cass. Belgique, 23 avril 1891 : S. 92, 4, 14.

3. Bordeaux, 27 août 1872 : D. 73, 2, 95 ; Turin, 14 mars 1807 : S. chr. — Contra : Pau, 13 juil. 1822 : D. Rép. Méth., v^o Oblig., n^o 4852 ; Toulouse, 7 mars 1835 : D. Rép. Méth., v^o Oblig., n^o 4851.

4. Conclusions contraires sous Cass. Belgique, 23 avril 1891 : S. 92, 4, 14.

ment est de sa nature toujours révocable, ne produit ses effets qu'à la mort du testateur et devient caduc en cas de prédécès du légataire ; mais... ces conséquences, la loi ne les attache qu'au testament, et le testament... est un acte par lequel le testateur dispose à titre gratuit, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens... Si donc un écrit contient, à côté de dispositions à titre gratuit... des reconnaissances de dette, on pourra bien, dans le langage usuel, donner à l'écrit entier le nom de testament ; mais, légalement parlant, il n'y aura de testament que la partie qui contient les dispositions à titre gratuit ; et c'est à cette partie seule que le juge a le devoir d'attacher les conséquences légales du testament. » Cette distinction paraît tout à fait juridique, et les raisons invoquées par la Cour de Cassation de Belgique pour la repousser ne semblent pas devoir être admises.

C'est encore la conception du commencement de preuve-demi-aveu qui va permettre de démontrer qu'il n'y a pas une seule exception à la règle générale aux termes de laquelle le commencement de preuve doit être émané de celui à qui on l'oppose. On a soutenu que cette règle recevait deux exceptions : les copies de titres, les livres des marchands ¹.

Un mot suffira pour la dernière : S'il faut en croire Toullier ², les livres des marchands peuvent former

1. Toullier (2^e édit., t. IX, n^o 73) ajoute l'acte de vente consenti a non domino, mais la question est en dehors du sujet : il s'agit d'une question de possession.

2. 2^e édit., t. IX, n^o 70 ; t. VIII, n^{os} 358 s.

commencement de preuve en leur faveur : par suite, un individu qui, loin de reconnaître l'exactitude du contenu de ces livres, en conteste formellement la sincérité, peut se les voir opposer ; que deviendrait alors la notion de l'aveu ? Aussi la jurisprudence et la doctrine repoussent-elles aujourd'hui cette solution ¹.

Restent les copies de titres : copies de titres proprement dites et copies effectuées sur le registre des transcriptions.

Art. 1335 : « Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes :

1°

2° Les copies qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, au cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes.

Elles sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans ; si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

3° Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne

1. Req. 30 août 1838 : D. Rép. méth., v° Oblig., n° 1034, D. 1838, 1, 197 ; Civ. 10 mai 1892 : D. 93, 1, 486 ; Rouen, 31 déc. 1897 : D. 99, 2, 344. — Contra : C. sup. de Bruxelles, 12 fév. 1822 : D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 5052, 5° ; Montauban, 28 juil. 1829, sous Toulouse, 25 nov. 1831 : D. Rép. Méth., v° Oblig., n° 4792.

l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne pourront servir quelle que soit leur ancienneté que de commencement de preuve par écrit.

4° »

Art. 1336 : « La transcription d'un acte sur les registres publics ne pourra servir que de commencement de preuve par écrit ; il faudra même pour cela : 1° Qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait, soient perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a été faite par un accident particulier ; 2° Qu'il existe un répertoire en règle du notaire, qui constate que l'acte a été fait à la même date.

. ».

La simple lecture de ces textes suffit à démontrer combien la loi se montre exigeante. La jurisprudence la suit dans cette voie : elle ne consent à voir un commencement de preuve que dans la transcription faite sur les registres du conservateur des hypothèques et non dans celle faite sur les registres de l'enregistrement¹. Un arrêt tout à fait intéressant à ce point de vue a été rendu par la Cour de Lyon le 22 février 1831² ; grâce à lui, nous voyons nettement apparaître pourquoi, dans certaines hypothèses, la jurisprudence rejette les copies : c'est parce que de l'existence de la copie on ne peut pas

1. Alger, 6 mai 1896 : D. 97, 2, 347 ; Chambéry, 25 mars 1902 ; D. 1903, 2, 488, et la note.

2. S. 31, 2, 280.

déduire que celui à qui on oppose l'acte en est réellement l'auteur : Ainsi, la copie entière et description, faite par le président du tribunal, du testament qui lui est présenté, ne peut pas servir de commencement de preuve de l'existence de ce testament ; pourquoi ? « parce qu'il suffirait de présenter au président du tribunal, qui en ferait la description, un testament supposé, qu'on supprimerait ensuite, pour rendre impossible la vérification de la sincérité de l'écriture et de la signature ; le repos et la sureté des familles en seraient ébranlées ». Mais, dans les limites restreintes où elles sont admises à titre de commencement de preuve, les copies de titres ne sont-elles pas une exception à la règle d'après laquelle le commencement de preuve doit être émané de celui à qui on l'oppose ? Voici la transcription d'un acte ; elle vaut commencement de preuve, contre qui ? contre le conservateur des hypothèques ? non ; cependant c'est bien de lui qu'elle émane. Raisonner ainsi serait méconnaître le caractère du commencement de preuve. On doit rencontrer un aveu : y a-t-il un aveu ? Oui, car les originaux dont les copies sont présentées doivent contenir une reconnaissance de celui à qui on les oppose. Mais il faut, comme toujours, prouver cet aveu ; l'original n'existant plus, on en apporte une copie en laquelle le juge pourra ajouter foi, et nous savons combien il se montre exigeant. Nous nous trouvons donc purement et simplement en présence d'une application des principes généraux, et non d'une exception à ces principes : on apporte un aveu, et on démontre la réalité de cet aveu.

Il est donc établi, d'une façon irréfutable, semble-t-il, que pour la jurisprudence, à l'heure actuelle, le commencement de preuve par écrit de l'article 1347 est, comme nous l'avons défini¹, un aveu qui fait seulement demi-preuve, soit parce qu'il porte sur un fait qui rend simplement probable le fait allégué, soit parce qu'il y a eu violation d'une règle légale. On peut ajouter, mais c'est inutile puisqu'il n'y a là qu'une application du droit commun, que l'existence de ce demi-aveu, comme celle de tout fait juridique, doit être établie conformément aux dispositions de l'article 1341 ; en usant seulement de ce qu'on peut appeler un procédé de preuve parfait² : écrit, aveu, ou serment décisoir.

Le véritable sens du commencement de preuve n'a pas été compris par tous les auteurs ; plusieurs en ont donné des définitions qui ne cadrent pas avec les solutions des arrêts :

Ils ont raisonné comme suit : L'article 1347 exige un écrit ; cet écrit doit rendre vraisemblable le fait allégué ; conclusion : le commencement de preuve est une « présomption fondée sur un écrit »³ ; la condition de provenance est ainsi laissée complètement de côté. C'est méconnaître notre jurisprudence qui, abandonnant le premier caractère : un écrit, s'attache presque exclusivement à l'origine du commencement de preuve.

Il est cependant facile d'expliquer l'erreur commise par ces auteurs : La définition qu'ils donnent du com-

1. Supr. p. 104.

2. Cf. infr. p. 114 s.

3. Toullier, 2^e édit., t. IX, n^{os} 54, 60.

commencement de preuve de l'article 1347 était celle de l'ancien droit : L'Ordonnance de 1566 déclarait qu'au-dessus de 100 livres la preuve testimoniale était prohibée, à moins qu'il n'existât « des écritures privées » : l'écrit était alors véritablement une condition essentielle du commencement de preuve ; et l'on comprend pourquoi l'Ordonnance de 1667 a baptisé ces « écritures privées » « commencement de preuve *par écrit* », expression qui était fort exacte, mais qui ne l'est plus aujourd'hui : Nous avons vu, en effet, à quel titre intervient l'écrit, pourquoi on peut s'en passer. L'expression de commencement de preuve par écrit ne correspond donc plus, à l'heure actuelle, aux solutions jurisprudentielles ; contentons-nous de parler de « commencement de preuve. »

En résumé, la condition de provenance est essentielle, elle ne doit pas être laissée dans l'ombre ; d'autre part, le commencement de preuve n'est pas un écrit, toute définition qui pose en principe que le commencement de preuve est un écrit se met en contradiction avec toute notre jurisprudence : encore une fois, l'écrit, quand il se rencontre (et il se rencontre dans la plupart des espèces), n'intervient qu'à titre de preuve du demi-aveu qui, lui, constitue, et constitue seul, le commencement de preuve ¹.

1. Ce n'est pas là cependant la conception admise par les codes les plus récents. (Pour l'étude du droit comparé en matière de commencement de preuve, cf.: Capitant: Bulletin de la Société des Etudes Législatives, 1918, p. 190 s.; Fuzier-Herman, v° Preuve (en général), n^{os} 244 s.; Godron : La question de la liberté de la preuve en droit anglais : Bulletin de la Société des Etudes Législatives,

CHAPITRE II

LE SYSTÈME GÉNÉRAL DES PREUVES DANS LE DOMAINE DES FAITS JURIDIQUES

Le législateur de 1804 a réglementé cinq procédés de preuve dans le domaine « de la preuve des obligations et de celle du paiement », plus exactement : dans le domaine de la preuve des faits juridiques : La preuve littérale ; la preuve testimoniale ; les présomptions ; l'aveu ; le serment : décisoire et supplétoire. De ces cinq procédés de preuve, les uns font à eux seuls pleine preuve, les autres ne sont admissibles, lorsque l'objet du litige excède 150 fr., que dans le cas où il y a soit commencement de preuve (art. 1347), soit impossibilité de se procurer une preuve littérale (art. 1348) ; aussi appellerons-nous les premiers : procédés de preuve parfaits, les seconds : procédés de preuve imparfaits.

1918). Indiquons seulement d'un mot les dispositions des codes civils vénézuélien et brésilien de 1916. Le code civil brésilien décide qu'au-dessus de 100 reis la preuve testimoniale n'est admise que comme complément de la preuve par écrit, lorsque cette dernière est insuffisante (art. 341). Il adopte donc la conception des auteurs que nous énoncions supra. On suppose qu'il y a un écrit, mais cet écrit n'est pas suffisant pour faire pleine preuve ; la preuve testimoniale peut alors venir compléter ce commencement de preuve, qui est bien un « écrit ». Quant à la conception admise par le code civil vénézuélien, elle se rapproche beaucoup de celle admise par notre article 324 : en effet l'article 141, comme notre article 323, « fait jouer aux présomptions ou indices résultant de faits certains, prouvés autrement que par témoins, le même rôle qu'au commencement de preuve par écrit » ; on en arrive forcément à confondre présomptions et commencement de preuve.

Quels sont donc les procédés de preuve parfaits ? Il y en a trois : la preuve littérale, l'aveu, le serment décisoire : Quant on apporte une preuve par écrit, quand on invoque l'aveu de l'adversaire, ou quand on prête le serment délééré par lui, on gagne son procès : la preuve est faite.

Au contraire, si on veut invoquer des témoignages, se targuer de présomptions, ou s'appuyer sur le serment supplétoire, il faut qu'il y ait commencement de preuve (art. 1341-1347 ; art. 1353 ; art. 1367) ; c'est-à-dire, nous le savons, un demi-aveu.

Ainsi, pour faire la preuve d'un fait juridique, il faut soit apporter un écrit, soit apporter un aveu, soit prêter le serment décisoire, soit enfin apporter un demi-aveu que l'on devra compléter en usant d'autres procédés de preuve.

Si donc on démontre que la preuve littérale et le serment décisoire se ramènent à l'aveu, au sens large du mot, on se trouvera en présence d'un système général des preuves tout à fait homogène : pour faire pleine preuve il faudra toujours apporter un aveu, et pour faire demi-preuve : un demi-aveu. L'aveu apparaîtra de là sorte au sommet de la théorie des preuves.

* * *

Et d'abord, peut-on dire que, en fait, quand on oppose à quelqu'un une preuve littérale, c'est en réalité son propre aveu qu'on invoque contre lui ?

La démonstration en est facile : Supposons un contrat de vente ; l'acheteur en nie l'existence ; le vendeur produit l'acte qui constate le contrat : Voilà bien une hypo-

thèse dans laquelle on apporte une preuve littérale. Sommes-nous donc en présence d'un aveu de l'acheteur, aveu qui lui est opposé par le vendeur ? Evidemment : l'acheteur, qui nie la réalité du contrat, est mis par le vendeur en présence de ce contrat. Que va-t-il répondre ? Il sera bien obligé de reconnaître que le contrat a été passé : on aura donc un aveu ; et c'est sur cet aveu qu'il sera condamné, si le tribunal rejette les moyens de défense accessoires qu'il pourra faire valoir.

Mais, peut-être, ce raisonnement paraîtra-t-il un peu superficiel ; peut-être nous accusera-t-on de jouer sur les mots. Aussi nous allons démontrer plus longuement, mais plus juridiquement, que l'aveu se trouve, en fait, à la base de toute preuve littérale.

Chaque fois, affirmons-nous, que l'on oppose à quelqu'un une preuve littérale, en matière de faits juridiques, on lui oppose son propre aveu ; autrement dit : l'écrit que l'on invoque contre lui est son œuvre propre. Est-ce exact ? l'écrit a-t-il force probante contre les tiers, contre ceux qui n'y ont pas participé ? c'est ainsi qu'en dernière analyse se pose la question.

Pour la résoudre, il faut distinguer les actes authentiques des actes sous seing privé.

Et d'abord, les actes authentiques : Art. 1319 : « L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants-cause ». Art. 1320 : « L'acte, soit authentique, (soit sous seing privé), fait foi entre les parties même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition... »

A lire ces deux articles, la volonté des rédacteurs du

code paraît formelle : l'acte authentique ne peut faire preuve que contre ceux-là mêmes qui y ont participé, qui, par cette participation, ont reconnu l'exactitude de son contenu.

La question a cependant été fort débattue en doctrine et en jurisprudence. Examiner à fond cette controverse serait sortir du cadre de cette étude. Contentons-nous d'indiquer à quelles solutions la jurisprudence paraît s'être définitivement arrêtée :

Si l'acte authentique est invoqué par un tiers contre son auteur, il sert de preuve en faveur de ce tiers. Mais là n'est pas la question que nous examinons ; il importe cependant de noter cette solution ; elle vient, en effet, renforcer nos observations. L'auteur de l'acte authentique, produit contre lui par un tiers, se voit bien opposer ses propres aveux ; aussi le tiers pourra-t-il invoquer à son encontre les clauses dispositives et les clauses énonciatives de l'acte¹.

La question qui présente pour nous un intérêt de tout premier ordre est de savoir si l'acte authentique est opposable à ceux qui n'y ont pas participé : si oui, toute assimilation entre l'aveu et la preuve littérale est évidemment impossible.

Il faut encore faire une distinction : On rencontre, dans tout acte, deux catégories de clauses : les clauses dispositives, les clauses énonciatives. Les clauses dispositives sont celles qui constatent le fait même de la convention ; les autres prennent le nom de clauses énonciatives.

1. Req. 29 oct. 1895 : D. 96, 1, 161 ; et la note de Louis Guénée.

En ce qui concerne les clauses énonciatives, les arrêts décident qu'elles ne sont point opposables aux tiers ; il n'y a pas lieu de distinguer, comme le fait la doctrine, entre celles qui ont et celles qui n'ont pas un rapport direct avec la disposition principale¹.

La question est plus délicate lorsqu'il s'agit des clauses dispositives. Le fait même de la convention constatée par acte authentique est-il opposable aux tiers ? Un seul arrêt a tranché directement la question ; il a été rendu par la Chambre Civile le 10 juin 1816² dans le sens de la négative. Mais, il faut bien le reconnaître, nous ne devons pas en tirer argument, parce qu'il est fort ancien, et que, s'il est le seul qui ait résolu directement le problème, la Cour de Cassation, qui, maintes fois, eut l'occasion de donner son avis sur la question, se prononce aujourd'hui en sens contraire : C'est ainsi qu'à plusieurs reprises, décidant que les clauses énonciatives ne pouvaient pas être opposées aux tiers, elle a ajouté, simple déclaration de principe sans intérêt dans le procès qu'elle avait à trancher, que seules les clauses dispositives pouvaient produire un tel effet³. Sans aucun doute, si elle avait aujourd'hui à résoudre directement le problème, elle se prononcerait dans ce sens. Ainsi on peut affirmer que l'acte authentique fait preuve contre les tiers du fait de la convention qu'il constate. Mais alors, voici un individu qui se verra

1. Civ. 20 oct. 1885 : D. 88, 5, 390 ; Civ. 10 juin 1816 : D. Rép. Méth., v^o Oblig., n^o 3114., 1^o ; Civ. 26 déc. 1900 : D. 1901, 1, 129.

2. D. Rép. Méth., v^o Oblig., n^o 3114, 1^o.

3. Cass. 21 janv. 1857 : D. 57, 1, 66.

opposer un acte auquel il est resté totalement étranger ; il n'a, par conséquent, jamais pu reconnaître l'exactitude de son contenu ; où donc trouver un aveu de sa part ? L'objection paraît sans réplique. Mais il n'en est rien. Il ne faut pas oublier qu'un officier public intervient à la rédaction de l'acte authentique ; quel est son rôle ? il confère l'authenticité, c'est-à-dire la force probante ; mais qui représente-t-il ? la société : c'est en son nom qu'il vient surveiller l'accomplissement des formalités ; c'est en son nom que, par sa signature apposée au bas de l'acte, il reconnaît que la convention existe réellement ; cette reconnaissance, cet aveu il le fait au nom de tous, il est donc opposable à tous : Opposer à un tiers les clauses dispositives d'un acte authentique, c'est donc encore lui opposer son aveu. D'ailleurs, l'hypothèse envisagée présente si peu d'intérêt pratique que, en fait, sinon en droit, on peut la négliger : C'est qu'il y a lieu de tenir compte de l'article 1165 : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers... » Il faut donc imaginer une hypothèse dans laquelle on puisse invoquer contre un tiers le fait d'une convention sans que cela soit susceptible de lui nuire ! Aussi que l'on ne s'étonne plus de n'avoir rencontré qu'un seul arrêt ayant eu à trancher directement la question¹. Et l'on excuse facilement les rédacteurs du code qui ont cru pouvoir oublier les tiers dans les articles 1319 et 1320.

Restent les actes sous seing privé : Art. 1322 : « L'acte

1. Cf. une hypothèse imaginée au D. Rép. Méth., v^o Obl., n^o 3077.

sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique. » Il n'y a donc qu'à renvoyer purement et simplement à ce qui vient d'être dit de l'acte authentique : En principe l'acte sous seing privé ne peut pas faire preuve contre les tiers ; une seule exception : les tiers pourront se voir opposer les clauses dispositives ; avec toujours la même remarque : par suite des dispositions de l'article 1165, l'hypothèse ne se rencontrera presque jamais dans la pratique ; ajoutons que, dans les cas exceptionnels où elle se présentera, l'acte sous seing privé devra avoir date certaine (art. 1328)¹ ; d'ailleurs les auteurs se trouvent fort embarrassés lorsqu'il s'agit de justifier cette solution, et ils sont acculés à la conclusion suivante : « Malgré les objections, l'opinion générale se justifie par des raisons sérieuses tirées de l'autorité de la tradition et de l'esprit de la loi² ! »

En résumé, l'acte qui sert de preuve littérale est toujours en fait l'œuvre de celui à qui on l'oppose ; il n'en est autrement que dans une hypothèse tout à fait exceptionnelle, si exceptionnelle qu'on peut la négliger, à l'exemple des rédacteurs du code ; et encore est-il possible de ne point voir dans cette hypothèse une dérogation aux principes généraux ; si le fait même de la convention est opposable aux tiers, c'est que, dans l'acte authentique, l'officier public vient en leur nom recon-

1. Pau, 18 févr. 1857, sous Req. 22 juin 1858 : D. 58, 1, 249 ; Cass. 21 janv. 1857 : D. 57, 1, 66.

2. D. Sup., v^o Oblig., n^o 1390.

naître l'existence de la convention ; et si la même règle s'applique à l'acte sous seing privé, c'est que l'article 1322 l'assimile complètement à l'acte authentique. Il est donc permis de conclure que toute preuve littérale se ramène à l'aveu : On ne peut opposer un écrit à quelqu'un que si cet écrit est « émané » de lui, que s'il a reconnu l'exactitude de son contenu¹.

Il faut cependant distinguer l'un de l'autre ces deux procédés de preuve, parce que si toute preuve littérale se ramène à l'aveu, tout aveu n'est pas une preuve littérale. La distinction est facile lorsque l'aveu est verbal. Elle est au contraire fort délicate quand on se trouve en présence d'un aveu extrajudiciaire écrit : Il y a dans la preuve littérale un aveu écrit, mais il y a autre chose ; quoi donc ? C'est Pothier qui va nous donner la clef du problème² : « Les confessions de la dette, dont nous parlons ici, sont celles que fait le débiteur soit dans une conversation, soit par une lettre missive, ou qui se trouvent incidemment dans quelque acte *qui n'a pas été passé exprès pour celà* ». C'est par là que l'aveu extrajudiciaire écrit se distingue de la preuve littérale : seul l'écrit qui fait preuve littérale a été passé spécialement dans le but de constater le fait juridique, dans le but de

1. Tout ceci ne peut trouver application que dans le domaine des faits juridiques. Lorsqu'il s'agit de prouver un fait pur et simple, le juge peut se contenter de présomptions ; il peut donc puiser la preuve dont il a besoin pour condamner l'un des plaideurs dans un acte auquel celui-ci est totalement étranger. Il en est de même en matière commerciale (Req. 3 fév. 1879, et le rapport du conseiller Dareste : D. 79, 1, 308 ; Civ. 3 janv. 1853 : D. 53, 1, 133).

2. Oblig., n° 835, al. 3.

lui servir de preuve si, plus tard, naissait une contestation sur son existence : seul il est une « preuve préconstituée ». Voilà le critère qui permet, de façon sûre, de décider si l'on se trouve en présence d'une preuve littérale ou d'un aveu extrajudiciaire écrit ; mais n'oublions pas que, dans un cas comme dans l'autre, la preuve résultera d'un aveu au sens large du mot. Quel est l'intérêt de cette distinction ? A première vue, il n'en apparaît point, puisque aveu et preuve littérale sont tous deux des modes de preuve parfaits. Il en existe cependant : Il faut se placer sur le terrain de l'indivisibilité de l'aveu : Pour la jurisprudence, l'aveu extrajudiciaire est divisible ; au contraire, il est impossible de diviser la preuve qui résulte d'un acte écrit : on ne peut pas adopter une partie de cet acte et rejeter l'autre ¹ ; il y a donc, on le voit, le plus grand intérêt à savoir si l'écrit constitue une preuve littérale ou un aveu extrajudiciaire écrit ². Aussi est-ce sur le terrain de l'indivisibilité de l'aveu que les arrêts ont eu l'occasion de trancher la question ³.

L'aveu, nous l'avons démontré, est à la base de la preuve littérale. Est-ce également à lui qu'il faut ramener le serment décisoire, troisième et dernier procédé de preuve parfait admis par le code ?

Qu'il nous soit permis d'aller très vite, puisque, dans la pratique, le serment décisoire joue un rôle tout à fait effacé : Il est extrêmement rare que l'un des plaideurs consente à s'en remettre à la parole de son adversaire,

1. Cf. Pandectes franç., v° Aveu, n° 442.

2. Cf. Larombière, Oblig., art. 1356, n° 23.

3. Cass. 10 déc. 1839 : S. 40, 1, 467, et la note de Devilleneuve.

qu'il lui défère le serment. Envisageons rapidement l'hypothèse : Celui qui défère le serment, c'est celui qui doit faire la preuve. Si le serment se ramène à un aveu, nous devons donc rencontrer une reconnaissance de celui contre qui il faut faire la preuve : de celui à qui le serment est déféré. Examinons les hypothèses qui peuvent se présenter : 1^{re} hypothèse : Celui à qui le serment est déféré prête le serment qui lui est demandé : il jure que le fait dont on veut faire la preuve n'existe pas ; on est donc bien loin de rencontrer un aveu de sa part ; aussi la preuve n'est-elle pas faite contre lui. 2^e hypothèse, celle dont la réalisation a été envisagée par celui qui a déféré le serment : Le plaideur à qui le serment est déféré, refuse de le prêter ou le réfère à son adversaire : par là-même il avoue que le fait contesté existe. Il est donc établi que, par le serment décisive, on ne prouve contre quelqu'un la réalité d'un fait juridique qu'en lui opposant son propre aveu.

* * *

Nous sommes donc amenés à la conclusion suivante : A la base des trois procédés de preuve, qui, seuls, en droit français, permettent de faire pleine preuve, on rencontre toujours l'aveu.

Que l'on ne s'étonne plus à présent de la conception du commencement de preuve élaborée par la jurisprudence : Pour faire pleine preuve, il faut un aveu ; pour faire demi-preuve il faut un demi-aveu ; n'est-ce pas la logique même ? Les procédés de preuve qui ne se ramènent pas à l'aveu sont des procédés de preuve imparfaits :

on ne peut s'en servir que s'il y a dans l'affaire un demi-aveu ; peut-on souhaiter système plus cohérent ?

« *Confessio omnium probationum maxima est* » écrivait Menochius¹. L'aveu est « la reine des preuves ». Ne faut-il pas dire : sans aveu, pas de preuve ?

L'aveu a toujours joué un rôle de premier plan, tant en matière civile qu'en matière criminelle : « L'aveu est un mode de preuve admissible dans toutes les matières, même dans celles où la preuve testimoniale ne serait pas recevable, même pour infirmer des actes authentiques aussi bien que des actes sous seing privé² » ; l'explication en est simple : l'acte authentique et l'acte sous seing privé se ramènent à un aveu ; on comprend alors fort bien qu'un nouvel aveu puisse détruire la force probante qui résultait du premier. L'aveu, pour la Chambre des Requêtes³ est « la plus complète de toutes les preuves ». La raison de cette grande faveur dont jouit l'aveu dans le système des preuves est humaine : le juge est souvent fort embarrassé, et cependant il ne peut se résoudre à tirer les dés. A qui donnera-t-il raison ? à qui donnera-t-il tort ? lequel est sincère ? lequel ne l'est pas ? question angoissante dont dépend souvent la fortune d'une famille. Mais il est un cas dans lequel le juge peut être tranquille : celui où l'une des parties a fait un aveu, a reconnu quelque chose qui va contre son intérêt. De même qu'en matière criminelle le juge n'est vraiment

1. De præsumpt, liv. I, quest. 1, n° 37 ; quest. 61, n° 8.

2. Baudry et Barde, Oblig., n° 2702.

3. Req. 26 janv. 1885 ; D. 85, 1, 234 ; cf. Civ. 3 juill. 1889 ; D. 90, 1, 249.

rassuré qu'en présence d'un aveu, de même en matière civile c'est un aveu qu'il veut découvrir, c'est sur un aveu qu'il veut condamner. Mais tandis qu'en matière pénale on ne peut obliger le juge à punir seulement quand l'inculpé a fait des aveux, sous peine de laisser le crime impuni, en matière civile il en est tout différemment. La société n'est pas menacée ; on peut se montrer, sans danger pour elle, très difficile sur la preuve des faits juridiques : Pour apporter contre quelqu'un la preuve d'un fait juridique, il faut lui opposer ses aveux ou demi-aveux : il faut qu'il ait reconnu l'exactitude de ce fait ou d'un fait plus ou moins connexe.

C'est là la véritable raison de l'article 1341. On a coutume de dire : L'article 1341 a pour but d'obliger les parties à passer un écrit. Mais, si c'est exact, comment expliquer l'article 1347, qui permet de prouver l'existence d'un contrat, dont il n'a point été passé acte, lorsqu'il y a commencement de preuve ? comment la sanction de l'article 1341 ne serait-elle pas l'impossibilité absolue de prouver tout contrat qui n'a pas été constaté par écrit ? Devant le bien-fondé de ces observations on s'est efforcé de découvrir un second motif à l'article 1341 : cet article, a-t-on dit, fut établi dans le but de lutter contre la preuve testimoniale. Comme la première, cette seconde explication est notoirement insuffisante : Si l'article 1341 est fondé sur le seul désir de lutter contre la preuve testimoniale, là où s'arrêtent ces dangers, là doit s'arrêter son champ d'application. Par exemple, l'écrit d'un tiers rédigé avant le procès¹ doit

1. Cf. *supr.* p. 29 s.

faire pleine preuve puisqu'il présente beaucoup plus de garanties que le simple témoignage ; alors, pourquoi l'écarter ? pourquoi affirmer que « ce tiers n'est que comme un témoin » et que « ce qu'il a déclaré par écrit ne peut équipoller qu'à une preuve testimoniale ¹ ? » On ne peut donner du but poursuivi par les articles 1341 et 1347 qu'une seule explication plausible : la nécessité d'un aveu. Et c'est parce que l'écrit dont un tiers est l'auteur, quand bien même il aurait été rédigé avant la naissance du procès, ne ressemble en rien à un aveu, parce qu'il n'est pas émané de celui contre qui on l'invoque, qu'il ne peut former ni preuve complète, ni commencement de preuve. A ce point de vue, il est sur le même pied que le témoignage, puisque, pas plus que lui, il ne se rapproche de l'aveu : « il n'équipolle qu'à une preuve testimoniale ».

Est-il besoin d'indiquer combien restrictif apparaît ainsi notre système de preuve dans le domaine des faits juridiques ? Le juge a l'obligation de ne se prononcer que s'il trouve un aveu ou un demi-aveu. N'est-ce pas l'enfermer dans un cercle trop restreint ? n'est-ce pas laisser à son raisonnement une marge trop limitée ? La Cour Suprême a redouté l'arbitraire des juges du fait, d'autant plus que la question de preuve tient la première place dans la plupart des procès. De là son effort pour organiser le système des preuves dans un sens restrictif : Comment éviter les erreurs possibles des juges du fait ? il faut ne leur permettre de trancher la question de

1. Pothier, Oblig., n° 773.

preuve que dans un seul cas : celui où ils ne peuvent pas se tromper, parce qu'il y a un aveu. Mais les juges du fait ne devaient pas, sans réagir, se laisser enlever toute liberté. Ils ont voulu pouvoir se prononcer selon leur conscience, dire : la preuve est faite, chaque fois que le fait contesté leur paraissait suffisamment établi. Ils sont parvenus à leurs fins. Comment ? Ils étaient dans l'obligation de trouver un aveu ou un demi-aveu pour motiver leurs décisions ; que faire quand il n'en existe pas dans le procès ? Créer ce qui manque. Mais créer un aveu, c'est impossible : jamais on ne pourra contraindre celui qui nie le fait contesté à avouer précisément ce fait lui-même. Créer un demi-aveu, c'est plus simple : Le juge ordonne une comparution personnelle, ou bien il procède à un interrogatoire sur faits et articles ; s'il le désire, il aura vite fait naître le demi-aveu qui lui est nécessaire : il posera des questions habiles, il amènera celui qu'il interroge à se contredire ; cela suffit : il y a demi-aveu, il y a demi-preuve, témoignage et présomptions pourront venir le compléter¹. La Cour de Cassation devra s'incliner. On comprend ainsi toute l'importance des interrogatoires sur faits et articles et des comparutions personnelles sur le terrain du commencement de preuve, tout l'intérêt pratique que présente leur

1. Raoul de la Grasserie : La preuve testimoniale en droit comparé : *Revue critique*, 1905, p. 550 : « Non seulement l'aveu devient divisible et le tronçon d'aveu retenu vaut comme demi-aveu, mais il suffit que le défendeur fasse des réponses contradictoires, ou même simplement embarrassées, pour que le demi-aveu soit acquis. Il suffirait presque qu'il rougît ».

étude ¹ : C'est grâce à eux, et par eux, que les juges du fait ont forcé la porte derrière laquelle la Cour Suprême avait voulu les enfermer.

Vu : *Le Président de la Thèse* :

M. PICARD.

Vu : *Le Doyen* :

L. JOSSERAND.

Vu et permis d'imprimer :

Lyon, le 14 Octobre 1921,

*Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université* :

JOUBIN.

1. Cf. *supr.* p. 39 s.

TABLE ALPHABÉTIQUE

DES

PRINCIPALES HYPOTHÈSES PRATIQUES ENVISAGÉES

	Pages		Pages
Actes judiciaires	39	Motifs	44
— notariés	38, 57	Non-comparution	23, 42
— nuls	12, 49, 102	Note marginale	12
— périmés	48	Note sur feuille volante	12
— (projets d)	75	Nuls (actes)	12, 49, 102
— transcrits	110	Papiers domestiques (regis-	
Agissements	21	tres et)	11
Audience (déclarations à l')	44	Paraphe	35
Avoué (livres de l')	63	Pluralité d'écrits	26, note 3
Billet souscrit par un mi-		Procès-verbaux de concilia-	
neur	75	tion et de non-conciliation	46
Carte de saillie	53, 105	Projets d'actes	75
Cause (écrit n'indiquant pas		Promesse unilatérale	76
la)	19	Qualités	44, 63
Comparution personnelle	43	Quittances	34, 56 note 1, 74
Comptes	11	Quotité (écrit n'indiquant	
Conclusions	63	pas la)	19
Copies de titres	109	Refus de comparaître	23, 42
Croix	35	— de répondre	23, 42
Date	9	Registres de la conscrip-	
Déclarations à l'audience	44	tion	52
Exploit d'huissier	63	Registres et papiers domes-	
Feuille volante (note sur)	12	tiques	11
Interrogatoires	22	Réponses obscures, contra-	
— d'instruction	42	dictoires, ambiguës	40
— sur faits et		Requête	63
articles	40	Signature marginale	36
Inventaire	11, 23	Testament (Reconnaissance	
Lettre circulaire imprimée	34	de dette dans un testa-	
Lettre missive	9, 70	ment caduc ou nul)	107
Livres de l'avoué	63	Testament (Reconnaissance	
— des marchands	108	de dette dans un testament	
Mandat-poste	69	du vivant du testateur)	107
Marque	35	Titres prescrits	72, 74
Message téléphonique	92	Transcrits (actes)	110
Mineur (billet souscrit par		Vérifié (écrit non vérifié ou	
un)	73	non reconnu)	36

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.	p. 1
-----------------------	------

PREMIERE PARTIE

Les éléments constitutifs du commencement de preuve par écrit de l'article 1347	p. 6
--	------

CHAPITRE 1. — Nature du commencement de preuve par écrit : il faut un écrit.	p. 8
---	------

Sens du mot « acte » : il faut lire : « tout écrit » et non « tout acte par écrit ».

Un écrit quelconque suffit : Lettres missives. Inventaire ; comptes. Registres et papiers domestiques. Note marginale, sur feuille volante. Ecrits nuls en tant qu'actes : actes authentiques nuls ; actes sous seing privé nuls : absence de signature, bon pour, double, formalité des deux langues. Ecrit n'indiquant pas la quotité, la cause.

La jurisprudence se contente parfois d'un « semblant d'écrit » : Agissements constatés dans des conclusions. Interrogatoires.

La jurisprudence n'exige pas toujours un écrit : Absence de mentions dans un inventaire. Ecrit non produit.

CHAPITRE 2. — Origine du commencement de preuve : il doit être émané de celui à qui on l'oppose	p. 27
--	-------

§ I. — L'écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose. . .	p. 29
--	-------

L'écrit d'un tiers est sans valeur. L'écrit de celui qui le produit est sans force.

Dans quels cas le commencement de preuve est-il émané de quelqu'un ? Cas où il est émané de son auteur matériel : Ecrit : Il suffit de l'écriture ou de la signature : quittance avec signature sur le timbre mobile ; paraphes, croix, marques ; signatures marginales ; écrit non vérifié ou non reconnu. Paroles : Elles doivent être prononcées devant certaines personnes ayant reçu de la loi mission de les recueillir : actes notariés ; actes judiciaires ; interrogatoires sur faits et articles, interrogatoires d'instruction, comparutions personnelles, déclarations faites à l'audience, procès-verbaux de conciliation et de non-conciliation, actes périmés ; actes authentiques nuls.

Cas où il n'est pas émané de son auteur matériel : Il n'est pas émané de son seul auteur matériel : acceptation expresse, tacite. Il n'est pas émané toujours de son auteur matériel : acte rédigé par un notaire ; écrit signé par un témoin.

§ II. — Représentants et représentés p. 61

CHAPITRE 3 — Pertinence du commencement de preuve : il doit rendre vraisemblable le fait allégué p. 64

§ I. — Principes généraux. p. 64

Deux catégories de commencements de preuve. Limites de la vraisemblance : limite entre le commencement de preuve et l'absence de preuve.

§ II. — Applications. p. 70

Lettres missives. Titres prescrits ; un contrat peut-il servir de commencement de preuve de son exécution ? Quittances d'arrérages. Billets souscrits par un mineur. Projets d'actes. Promesses unilatérales.

§ III. — Conclusion¹. p. 79

Conception des auteurs et conception de la jurisprudence.

DEUXIÈME PARTIE

La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit et le système général des preuves p. 81

CHAPITRE 1. — La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit ; ses rapports avec le problème de l'analyse logique de la preuve p. 81

Exposé général du système.

Le commencement de preuve présente les caractères constitutifs de l'aveu : L'aveu et le commencement de preuve doivent émaner d'une volonté libre, mais non d'une volonté réfléchie. Seul l'aveu judiciaire doit être fait pendant le débat.

La preuve de l'existence du commencement de preuve et la preuve de l'existence de l'aveu sont régies par les mêmes règles ; portée du premier caractère du commencement de preuve : L'écrit n'est exigé qu'à titre de preuve de l'existence du demi-aveu qui fait commencement de preuve. Explication des solutions jurisprudentielles.

Différence entre l'aveu et le commencement de preuve : pourquoi le commencement de preuve n'est-il qu'un demi-aveu ? les deux catégories de commencements de preuve : Les commencements de preuve

qui réalisent un déplacement ou une décomposition de la preuve : généralités ; limite séparant la pertinence exigée pour faire commencement de preuve de l'absence de preuve ; limite séparant la pertinence exigée pour faire commencement de preuve de celle exigée pour faire preuve complète ; hypothèses jurisprudentielles ; circonstances extrinsèques. Les commencements de preuve qui ne font que demi-preuve parce qu'une formalité n'a pas été observée — Définition du commencement de preuve.

Explication de quelques solutions légales et jurisprudentielles : Acceptation. Lettre d'un copropriétaire. Article 1320. Reconnaissance de dette dans un testament caduc ou nul ; dans un testament du vivant du testateur. Il n'y a pas d'exception à la règle aux termes de laquelle le commencement de preuve doit être émané de celui à qui on l'oppose : livres des marchands ; copies de titres et actes transcrits.

Conclusion : Conception des auteurs.

CHAPITRE 2. — Le système général des preuves dans le domaine des faits juridiques p. 114

Exposé du système.

La preuve littérale se ramène à l'aveu : Force probante des actes contre les tiers : actes authentiques ; actes sous seing privé. Distinction entre l'aveu et la preuve littérale. Le serment décisoire se ramène à l'aveu.

Conclusion.

Table alphabétique des principales hypothèses pratiques envisagées p. 129



